

Introduction générale au droit commun des sociétés

Les sociétés commerciales constituent des groupements de personnes. Il importe de souligner que si les sociétés commerciales sont moins nombreuses que les commerçants individus, ces sociétés occupent dans la vie des affaires une place bien plus importante du point de vue économique, d'où bien sur l'étude consacrée à ces sociétés commerciales.

I. Définition de la société :

La définition de la société est donnée par l'article 1832 du Code Civil. Dans sa version originelle de 1804 ce texte disposait « la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ». Ce texte met en évidence que la société est au service de la réalisation d'un projet ou tend à l'exploitation d'une idée.

L'article 1832 du Code a été modifié à deux reprises depuis 1804. Il a tout d'abord été modifié par une loi du 4 janvier 1978 qui a ajouté que la société peut aussi être constituée en vue de profiter d'une économie. Puis, il a été modifié par une loi du 11 juillet 1985 qui a introduit la possibilité de créer des sociétés unipersonnelles. L'article 1832, dans sa rédaction actuelle est rédigé comme suit « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée dans les cas prévus par la loi par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes ».

Cette définition de l'article 1832 fait apparaître que la société est un groupement de personnes à but lucratif.

A. Un groupement de personnes:

En principe, la société découle d'un contrat liant deux ou plusieurs personnes. La pluralité d'associés apparaît clairement dans l'alinéa 1^{er} de l'article 1832 du Code Civil. La quasi-totalité des sociétés en France sont en effet constituées par plusieurs personnes.

En outre, le législateur s'est aperçu que la majorité de ces sociétés n'étaient que des sociétés de façade et qu'en réalité elles étaient des sociétés unipersonnelles. Ainsi, nombre de SARL étaient des sociétés de famille. C'est pour éviter ces sociétés de façade que le 11 juillet 1985 le législateur a prévu qu'une société peut être instituée dans les cas prévus par la loi uniquement, par l'acte de volonté d'une seule personne. Plus précisément, cette loi avait créé un seul type de société unipersonnelle à savoir l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL). En réalité il s'agit d'une SARL avec un seul associé.

Lorsque la société est unipersonnelle, elle ne née plus d'un contrat mais d'un acte juridique unilatéral, mais le droit commun des sociétés reste dans une grande partie soumis au droit des contrats.

B. Un groupement à but lucratif :

La société n'est pas le seul groupement de personnes, mais elle est **le seul groupement de personnes à but lucratif**. En effet, l'on distingue deux types de groupement à savoir les groupements à but lucratifs et les groupements non lucratifs :

- **Les groupements à but lucratif** : des derniers désignent des groupements intéressés avec des associés qui partagent des bénéfices.
- **Les groupements à but non lucratif** : il s'agit d'un groupement à but désintéressé. Il s'agit des associations. En effet, la loi de 1801 définit l'association comme étant un groupement de personnes formé dans un but autre que de partager des bénéfices. Les associations sont nombreuses en France. Dans certains cas il est même difficile de distinguer association et société (les grands clubs sportifs ont longtemps été constitués sous forme d'associations).

II. Les intérêts de créer une société :

La société est **« un merveilleux instrument de fraude »**, c'est **une technique qui permet d'agir sous couvert de traitement**. Néanmoins la constitution d'une société présente des intérêts avouables.

A. Les intérêts de créer une société du point de vue financier :

Les capitaux d'une seule personne ne sont souvent pas suffisants pour créer une entreprise dont le lancement ou le développement vont requérir de très lourds investissements. C'est pourquoi la société est une **technique qui permet de drainer les capitaux de plusieurs personnes**. L'intérêt du point de vue financier est encore plus grand lorsque les sociétés peuvent faire appel à l'épargne publique (seule la société par action y est autorisée).

Les sociétés par actions facilitent également la constitution et l'organisation des groupes de sociétés. Ces dernières permettent les rapprochements entre les sociétés (prise de contrôle, fusion, prise de participation).

La technique de la société permet aussi à une personne physique et à quelque membre de sa famille **de détenir un pouvoir économique considérable sans à avoir à avancer l'intégralité des sommes nécessaires à une entreprise commerciale**. Ainsi **« l'important est de pouvoir contrôler sans argent et emprunter sans surface »**. Ainsi, souvent, de nos jours, les grands capitaines d'industries ont recours à la technique de la société et à des cascades de sociétés odines qui vont permettre de contrôler de véritables empires avec un apport en capital personnel faible.

En définitif, la société apparaît comme **une technique d'organisation de l'entreprise**.

B. Les intérêts de créer une société du point de vue juridique :

La création d'une société présente un intérêt majeur du point de vue juridique **dès lors que la société peut être dotée d'une personnalité juridique autonome**. L'entrepreneur individuel répond des dettes nées de son activité sur tous ses biens.

Il existe des **parades pour éviter de mettre en jeu l'intégralité de son patrimoine**. Ainsi, le législateur est venu assurer une protection juridique à l'entrepreneur individuel car la loi de 2003 a mis en place **la préservation des biens immobiliers des entrepreneurs individuels** (article L526-1 du Code de commerce). Moyennant une déclaration notariée, déclaration publiée à la fois au RSC et au livre foncier, ces entrepreneurs peuvent mettre leur résidence principale, ainsi que tous les biens fonciers bâtis ou non bâtis et non affectés à l'usage professionnel à l'abri du droit de poursuite des créanciers professionnels dont la créance est née postérieurement à la publication de la déclaration d'insaisissabilité. Par une loi du 15 juin 2010, le législateur a créé l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL). L'article L526-6 du Code de commerce énonce « **tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel sans création d'une personne morale** ». L'on reconnaît ainsi la théorie de l'affectation du patrimoine. Malgré cette loi de 2010, la meilleure technique pour protéger sa forme est **la création d'une société commerciale dotée d'une personnalité morale opaque** qui empêchera les créanciers d'agir contre les sociétés. Pour parvenir à ce résultat il faut **opter pour les sociétés dans lesquelles la responsabilité des associés est limitée à leur apport** (société anonymes ou en commandite simple). Dans ces différents cas **la société permet de réaliser une séparation des patrimoines** car la société dispose d'un patrimoine propre qui est distinct du patrimoine des associés. La société apparaît comme **une technique d'organisation du patrimoine**.

On peut souligner que **toute société n'est pas nécessairement dotée de la personnalité morale** (certaines n'en sont pas dotées ou n'offrent pas la possibilité aux associés de limiter leur responsabilité à auteur de leurs apports par exemple). Il existe ainsi **des sociétés qui sont qualifiées de transparentes**. Les **conditions d'attribution de la personnalité morale ont fait l'objet d'une controverse** :

- Selon **les partisans de la théorie de la fiction** la personnalité morale serait une création de la loi de sorte qu'un groupement ne pourrait être doté de la personnalité morale qu'à la condition que la loi la lui reconnaisse expressément.
- Selon **les partisans de la théorie de la réalité** la personnalité morale devrait être reconnue à tout groupement doté d'une certaine autonomie. C'est cette solution qui a été reconnue et adoptée par un arrêt de la Cour de Cassation de 1954.

L'absence d'immatriculation d'une société **ne la rend pas nulle**. Il existe en effet des sociétés valablement constituées mais dont les associés n'ont **pas voulu qu'elles soient dotées de la personnalité juridique** (la société en participation).

C. Les intérêts de créer une société du point de vue social :

La situation sociale de l'entrepreneur individuel **était généralement moins avantageuse** que celle du dirigeant d'une société anonyme. En effet, l'entrepreneur individuel connaissait **des difficultés du point de vue de la protection sociale**. Néanmoins il **n'y a pas véritablement de distinction en matière sociale** entre l'entrepreneur individuel et le dirigeant d'une société anonyme.

III. La nature juridique de la société :

Depuis le XIX^{ème} siècle, **deux conceptions de la société s'opposent**.

A. La présentation des conceptions :

Selon une première analyse **la société constitue un contrat**, mais selon une autre elle doit être **considérée comme une institution**.

1. La conception contractuelle :

Durant tout le XIX^{ème} siècle **la société a été présentée comme un contrat**. Cette conception apparaît clairement dans la rédaction originelle de l'article 1832 et même dans sa rédaction actuelle. Ainsi, **bon nombre de règles applicables aux sociétés relèvent du droit commun des contrats** (cause, capacité, objet, consentement). On peut également expliquer le fonctionnement des sociétés **par le recours aux contrats spéciaux**, notamment le mandat (mandataires sociaux lorsque l'on parle de dirigeant).

Néanmoins, cette conception contractuelle **ne peut expliquer bon nombre de règles applicables aux sociétés**, qu'il s'agisse de leur constitution ou de leur fonctionnement. Ainsi, **la seule volonté des associés ne permet pas de conférer à cette dernière la personnalité juridique**. Celle-ci suppose une formalité administrative, à savoir l'immatriculation au RCS. Une fois constituée, **la personne morale a des intérêts propres qui sont distincts des intérêts des associés**. De même, **les pouvoirs des dirigeants sont fixés par des règles impératives**. Enfin les statuts peuvent être modifiés à la majorité des associés. Cela démontre bien que **les règles contractuelles sont insuffisantes**.

2. La conception institutionnelle :

Selon le vocabulaire juridique, l'institution est une collectivité humaine organisée en vue de la réalisation d'une fin supérieure et au sein de laquelle les individus acceptent ou subissent l'existence d'une autorité commune. La conception institutionnelle de la société consiste à **la considérer comme un ensemble de règles qui organisent de façon impérative et durable un groupement de personnes autour d'un but déterminé**.

Selon cette conception, **les droits et les intérêts privés des associés sont subordonnés au but social** qu'il s'agit d'atteindre. La considération du but social explique ainsi que les droits des associés peuvent être **modifiés par une décision prise par la majorité au nom de l'intérêt social**. S'agissant des dirigeants, ils sont moins des mandataires que des organes chargés de mettre en œuvre la volonté commune des associés. Les décisions des associés majoritaires peuvent être annulées lorsqu'elles sont contraires à l'intérêt social.

Cette conception institutionnelle a parfois été admise par la jurisprudence, notamment lorsqu'il s'agit d'exclure l'associé. Elle **est désormais consacrée par le Code Civil**.

B. Le dépassement de l'opposition :

La société présente une double nature car elle est **à la fois un contrat et une institution**. Les **dispositions contractuelles coexistent avec les règles impératives de type institutionnelles**. Le caractère contractuel connaît son apogée dans le cadre des sociétés par action simplifiée.

IV. La classification des sociétés :

Il existe de nombreuses catégories de sociétés en droit français. On oppose ainsi les sociétés types aux sociétés particulières. On oppose également les sociétés civiles aux sociétés commerciales, les sociétés de personnes aux sociétés de capitaux et les autres sociétés

A. Les sociétés types et les sociétés particulières :

La loi propose aux personnes envisageant de constituer une société des sociétés types à vocation générale qui peuvent être de nature civile ou de nature commerciale.

La loi offre également la possibilité de constituer des sociétés particulières pour répondre à des besoins spécifiques ou sur mesure. Il existe ainsi des sociétés particulières par leur statut juridique (les sociétés coopératives ou les sociétés d'économie mixte), des sociétés particulières par leur objet (les groupements d'exploitations agricoles ou l'EARL),

B. Les sociétés civiles et les sociétés commerciales :

Pendant très longtemps il s'agissait de l'opposition majeure. De façon générale les différences profondes qui opposaient ces sociétés se sont réduites fortement à l'époque contemporaine. Ainsi par exemple, depuis la loi de 1967 ces sociétés peuvent être soumises aux procédures collectives (liquidation et redressement judiciaire).

Certes, la société civile continue d'être assimilée à un simple particulier tandis que la société commerciale est soumise au statut dérogatoire des commerçants. Doit ainsi jouer ici toutes les différences qui séparent les simples particuliers des commerçants.

C. Les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux :

Du point de vue théorique cette distinction demeure très importante.

En effet, les sociétés de personnes ont un caractère contractuel très marqué, elles sont caractérisées par l'intuitu personae qui existe entre les associés et la responsabilité indéfinie de ceux-ci sur leurs biens personnels. Au regard du droit fiscal, les sociétés de personnes sont dotées d'une personnalité morale semi transparente ou transparente.

En revanche, les sociétés de capitaux sont en principe caractérisées par la faiblesse de l'intuitu personae entre les associés qui se choisissent en fonction de leur moyen. En outre elles ont une personnalité morale opaque sur le point fiscal car elles sont soumises à l'impôt sur les sociétés.

Néanmoins certaines sociétés s'incèrent difficilement dans l'une ou l'autre des catégories de société telles que les sociétés en commandite simple.

En pratique, les clauses statutaires tendent à réduire le clivage qui existe entre ces deux catégories de sociétés (par exemple l'on peut introduire une clause d'agrément dans les sociétés anonymes ou prévoir des clauses de préemption ou des clauses d'exclusion).

V. La réglementation des sociétés commerciales :

Les sources du droit de société sont aussi diverses que les catégories des sociétés. Lorsque l'on considère la réglementation française du droit des sociétés l'on distingue trois périodes qu'il convient d'étudier.

A. La réglementation des sociétés avant la loi du 24 juillet 1966 :

Le droit romain distinguait déjà le consensium et la société de publicain (véritables sociétés financières). Au moyen âge, la personnalité morale de la société apparaît en Italie. A cette époque apparaît également en Italie la société en commandite. Au XVII^{ème} siècle l'on assiste à la naissance de véritables sociétés par actions. Par la suite, au XIX^{ème} siècle ou règne le dogme de l'autonomie de la volonté la conception contractuelle de la société apparaît même si la constitution de la société anonyme est soumise à une autorisation gouvernementale. Ce n'est qu'avec la loi de 1867 que les sociétés en France vont faire l'objet d'une véritable réglementation qui va consacrer les perfectionnements des patriciens. Cette grande loi fut ensuite enrichie par une loi de 1925 qui va introduire la SARL en droit français.

B. La réforme issue de la loi du 24 juillet 1966 :

Le droit des sociétés français a été rénové par cette loi de 1966. Cette loi constituait un véritable code des sociétés, mais seules les sociétés commerciales étaient régies par cette loi. Les sociétés civiles restaient soumises aux règles du Code Civil. Ce dernier comporte d'ailleurs toujours des dispositions communes à toutes les sociétés. Les innovations les plus marquantes de cette loi concernent la protection des tiers et associés :

- Pour protéger les tiers, la loi a fixé précisément la date de naissance de société à savoir l'immatriculation. De plus, dans les SARL ou société par action, dans un souci de protection des tiers, les sociétés étaient engagées par les actes des dirigeants, même les actes qui ne relèvent pas de l'objet social. Enfin, les cas de nullité ont été réduits par cette loi.
- La protection des intérêts des associés a été renforcée par la reconnaissance d'un véritable droit d'information et par l'instauration d'un commissaire au compte.

La grande lacune de cette loi de 1966 est qu'elle ne réglementait pas les groupes de sociétés.

C. Le droit des sociétés français depuis 1966 :

L'évolution du droit français des sociétés a été marquée par une réforme du droit commun des sociétés et par des modifications de la loi de 1966. A ces modifications du droit des sociétés procédant de la volonté du législateur français, l'on ajoute d'autres modifications issues des exigences de la construction européenne.

1. Les modifications du droit commun des sociétés et de la loi de 1966 qui résultent de la volonté du législateur :

La réforme la plus importante a été opérée par une loi de 1978 car désormais le Code Civil contient non seulement les règles applicables aux sociétés civiles, mais aussi l'ensemble des dispositions applicables à toutes les sociétés civiles ou commerciales. Depuis cette loi, c'est le Code Civil qui règle

les questions de la naissance de la personnalité morale, les questions de la nullité ou de la dissolution d'une société.

Le droit des sociétés est **régit en partie par le Code Civil** et depuis une **ordonnance de 2000 par le Code du Commerce**. Le Code Civil contient les règles communes à toutes les sociétés. Le Code de Commerce, dans son livre 2, a repris l'ensemble des dispositions de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales ainsi que les textes applicables aux groupements d'intérêts économiques.

Depuis cette codification **des lois importantes sont intervenues** telle qu'une loi de 2001 NRE qui modifie de façon substantielle le droit des sociétés, une loi de 2003 de sécurité financière et la loi de 2003 pour l'initiative économique. Toutes ces lois ont eu pour **objectif de moraliser les sociétés commerciales**.

2. La construction européenne :

Pour éviter les torsions entre la concurrence des différentes entreprises des pays membres **l'article 54 du traité de Rome avait mis en place une coordination des garanties** exigées dans les Etats membres pour protéger les intérêts des sociétés et des tiers.

Cet objectif a **aboutit à l'adoption de nombreuses directives** qui concernaient surtout les sociétés par action. Parmi les directives européennes les plus importantes ont peut citer celle de 1968 relative à la publicité, la validité des engagements sociaux et la nullité des sociétés. On peut également citer une directive de 1978 relative aux comptes annuels de la société.

TITRE I : LE DROIT COMMUN DES SOCIETES

Chapitre 1 : La constitution de la société

Comme le met en exergue la définition donnée par l'article 1832 du Code Civil, la société est d'abord **un contrat ou un acte juridique**. Néanmoins, la constitution d'une société est **subordonnée à l'accomplissement de certaines formalités**.

I. Le contrat de société :

Même si depuis la loi de 1985 qui a institué EURL la société peut découler d'un acte juridique unilatéral, **le plus souvent la société résulte d'un contrat**. Puisque cette dernière est un contrat, elle doit d'abord **satisfaire aux conditions générales posées par l'article 1108 du Code Civil** et **comporter les éléments spécifiques visés par l'article 1832** à savoir pluralité d'associés, les apports, la recherche d'un bénéfice ou économie. A ces conditions spécifiques prévues par la loi **la jurisprudence a ajouté l'affectio societatis** c'est-à-dire **la volonté des associés de collaborer sur un pied d'égalité**.

A. Les conditions générales de tout contrat :

Quatre conditions sont essentielles pour la validité de la convention à savoir **le consentement**, **la capacité**, **un objet certain qui forme la matière de l'engagement** et **une cause licite**. Une société ne sera donc valablement constituée que si elle remplit ces conditions qui appellent des précisions.

1. Le consentement :

Le Code Civil exige que **le consentement soit exempt de tout vice**. Ainsi une société pourrait être annulée en cas d'erreur, **de dol** ou **de violence**. Néanmoins, le véritable problème est celui de la sincérité du consentement car **il ne doit pas être simulé**. S'il y a simulation d'une société pour masquer une autre convention secrète (prêt ou contrat de travail), et bien conformément aux règles du Code Civil **l'acte secret prévaut dans les relations entre les parties** tandis que les **tiers disposent d'une option** (soit invoquer l'acte apparent soit se prévaloir de la situation réelle).

Une place particulière doit être **réservée à la société fictive qui est une variante de la société civile**. On parle de société fictive ou façade lorsqu'elle a **pour objet de masquer les agissements d'une seule personne associée ou étrangère à la société du maître de l'affaire**. Une **telle société est nulle pour défaut d'affectio societatis** car on estime qu'il n'y a pas volonté réelle de créer une société. Pour certains auteurs il s'agit même d'une société inexistante. Pour faire **constater la nullité de la société lui y a un délai de 3 ans** à compter de la connaissance de la fictivité de la société. Si l'on réussit à faire constater qu'une société est fictive cela permet **aux créanciers d'agir contre le véritable maître de l'affaire**.

En revanche, il n'y a **pas simulation lorsqu'un associé conclut une convention de croupier**. Il s'agit d'une convention par laquelle un associé, sans l'accord de ses coassociés, convient avec un tiers

appelé le croupier de partager les bénéfices et les pertes résultants de sa participation dans la société. Le croupier n'est pas associé de la société et il n'y a que des droits pécuniaires. La **convention de croupier est valable** à condition de ne pas être utilisés pour faire échec aux dispositions légale ou statutaire relatives à l'entrée de nouveaux associés dans la société.

2. La capacité :

Le Code Civil ne comporte pas de disposition spécifique quant à la capacité des associés de sorte qu'il convient de **se reporter au droit commun des contrats**. La capacité requise varie selon le type de société :

- **Société dont les associés n'ont pas la qualité de commerçant** : dans ce cas c'est le droit des incapacités qui s'applique.
- **Société dont les associés ont la qualité de commerçant** : depuis 1985 deux époux peuvent être associés dans n'importe quelle société. En effet, la société entre époux a longtemps été prohibée en application du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales et de la puissance maritale. La puissance maritale a été supprimée en 1970. Des restrictions subsistent en matière d'étrangers. Enfin, des difficultés peuvent apparaître en ce qui concerne la capacité des personnes morales de droit public car il existe des restrictions. L'Etat peut souscrire au capital d'une société, en vertu d'une loi seulement.

3. L'objet

L'objet du contrat de société est donné par l'article 1832 du Code Civil qui vise la mise en commun d'apports en vue de partager les bénéfices ou les économies qui pourront en résulter. **L'objet du contrat ne doit pas être confondu avec l'objet social de la société**. L'objet social désigne le type d'activités choisies par la société dans ses statuts (objet statutaire) et il se distingue également de l'activité sociale. Cette dernière désigne l'activité réellement exercée par la société alors que l'objet social correspond à l'activité envisagée. En pratique l'objet social est souvent défini de façon large (exploitation d'activités de maison de repos ou activités hôtelières) car cela permet d'éviter une procédure lourde.

Au terme de l'article 1833 du Code Civil **toute société doit avoir un objet licite**. Dans le cas contraire l'objet est considéré comme nul. **L'objet social limite la sphère d'activité de la société**. En effet, les personnes morales n'ont pas une capacité de jouissance aussi étendue que celle des personnes physiques. En vertu du principe de la spécialité des sociétés, celles-ci n'ont pas vocation à exercer n'importe quelle activité, mais seulement celles qui entrent dans leur objet social. Le principe **de spécialité des sociétés est de plus en plus terni** car la Cour de Cassation a jugé que l'on ne pouvait faire interdire en justice une société dont l'objet social était limité à l'ameublement et qui vendait des fleurs.

L'objet social **limite également le pouvoir des dirigeants** qui en principe ne peuvent pas engager la société en dehors de l'objet social. Cependant, dans les sociétés à responsabilité limitée, la société était engagée même pour les actes qui n'entrent pas dans l'objet social.

Enfin, la **résiliation ou l'extinction de l'objet social entraîne en principe la dissolution de la société**. Le changement complet d'objet social équivaut à une cessation d'entreprise et création d'une nouvelle entreprise en matière fiscale.

4. La cause :

La cause du contrat de société **désigne le motif pour lequel deux ou plusieurs personnes ont décidé de s'associer**. La cause est souvent confondue avec l'objet dans la mesure où la raison d'être de la société consiste en la réalisation de son objet. Cependant, il peut arriver que **l'objet social soit licite, tandis que la cause de la constitution de la société est illicite**. Exemple : lorsque la société a été constituée en vue de réaliser une fraude, et bien dans ce cas la Cour de Cassation a précisé que la nullité d'une société ne peut être prononcée pour fraude que si tous les associés ont concourus à celle-ci. La Cour de cassation reconnait surtout que la fraude en droit des sociétés constitue un cas de nullité de la société en contradiction avec la CJUE.

B. Les conditions spécifiques du contrat de société :

Ces conditions sont **prévues par l'article 1832 du Code Civil et la jurisprudence**. Selon le Code Civil l'existence d'une société requiert une pluralité d'associés, des apports des associés et la participation de ces derniers aux résultats de l'exploitation sociale. A côté de ces trois conditions, la jurisprudence a ajouté l'affectio societatis.

1. La question de la pluralité d'associés :

L'article 1832 du Code Civil précise que **la société est instituée par deux ou plusieurs personnes**. La société suppose donc en principe une pluralité d'associés.

L'article 1832 du Code Civil ne donne aucune précision quant au nombre d'associés. **Le Code de Commerce a fixé**, concernant la société anonyme, un nombre minimum de 7 associés, et pour les SARL un nombre maximum de 100 associés.

Même si la pluralité d'associés est encore requise par la loi, il convient de préciser que la réunion de toutes les parts en une seule et même main en cours de vie sociale ne provoque pas la dissolution automatique de la société qui disposera d'un délai pour procéder à une régularisation de sa situation. En outre, **le principe de la pluralité des associés a subi une atteinte importante par la loi de 1985** qui a instauré l'EURL.

2. Les apports des associés :

Chaque associé doit **effectuer un apport en contre partie duquel il perçoit des droits sociaux**, plus précisément des parts sociales dans la majorité des sociétés, ou des actions dans les sociétés par action. Il convient de présenter les différentes catégories d'apports avant de préciser leurs régimes.

2.a. Les différents types d'apports :

On peut **distinguer les apports selon la nature des biens apportés** ou **suivant la nature des droits transférés par l'apporteur**.

- **Distinction selon la nature des biens apportés :**

De ce point de vue, l'article 1843-3 du Code Civil distingue l'apport en numéraire, l'apport en nature et l'apport en industrie :

- **L'apport en numéraire** : il consiste en une somme d'argent apportée à la société. Cet apport en numéraire ne doit pas être confondu avec le versement par un associé de sommes au compte courant. Cet apport en compte courant est un simple prêt consenti par un associé à la société.
- **L'apport en nature** : il consiste à donner à la société des biens mobiliers ou immobiliers corporels ou incorporels (créances). Le danger de l'apport en nature, pour les associés de l'apporteur ou pour les créanciers de la société, tient au risque de surévaluation de ces apports. Pour faire face à ces dangers le législateur a prévu un contrôle de l'évaluation de ces apports, contrôle qui varie selon les types de sociétés (SA ou SARL).
- **L'apport en industrie** : il consiste dans l'engagement de l'associé de travailler pour la société, mais sans lien de subordination (sinon il s'agirait d'un contrat de travail). Par exemple, une personne qui aurait un carnet d'adresse, et bien cela peut constituer un apport en industrie selon la cour de cassation. Cet apport ne peut faire l'objet d'une exécution forcée et il présente de ce fait des dangers pour les créanciers sociaux. C'est pourquoi cet apport en industrie a, pendant de nombreuses années, été admis que dans les sociétés de personnes, c'est-à-dire les sociétés dans lesquelles les associés sont tenus des dettes sociales que la société ne paie pas. Depuis 2001 ces apports en industrie sont également possibles dans les SARL. Par contre, dans les sociétés par actions les apports en industrie restent interdits. Les parts qui représentent **des apports en industrie sont incessibles et intransmissibles** et disparaissent si l'apporteur cesse de satisfaire à son engagement. Ces apports ne participent pas à la formation du capital social.
- **La distinction selon la nature des droits transférés par l'apporteur :**

De ce point de vue l'on distingue l'apport en propriété, l'apport en jouissance, et l'apport en usufruit :

- **L'apport en propriété** : il est le mode normal qui consiste à transférer la propriété du bien à la société. Cet apport évoque la vente.
- **L'apport en jouissance** : il consiste à transmettre seulement à la société la jouissance du bien, de sorte que l'apporteur en conserve la propriété et les risques. A la dissolution de la société, l'apporteur en jouissance reprend son bien qui ne fait pas partie du patrimoine de la société, et il est ainsi soustrait au droit de poursuite des créanciers sociaux. A cet égard l'apport en jouissance ressemble au bail.
- **L'apport en usufruit** : il consiste à transférer à la société le droit d'user du bien et d'en percevoir les fruits, mais ne permet pas à la société d'en disposer. Cet apport a la particularité d'être caduque au décès de l'apporteur. L'apport en usufruit est souvent le fait d'un conjoint survivant qui a recueilli l'usufruit d'un fonds de commerce qu'il apporte à la société, à laquelle les enfants héritiers apportent eux-mêmes la nue propriété du fonds qu'ils ont recueilli. Cependant, rien ne s'oppose à ce qu'une personne constitue volontairement un

usufruit sur un bien dont elle a la pleine propriété, pour l'apporter à une société (démembrement du droit de propriété). Dans ce cas l'usufruit est limité à 30 ans.

2.b. Le régime des apports :

Au terme de l'article 1843-3 du Code Civil **« chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il lui a promis d'apporter en nature, en numéraire ou en industrie »**. En d'autres termes, chaque associé doit exécuter l'apport qu'il a préalablement souscrit dans les termes du contrat passé avec la société. On distingue ainsi **la souscription** qui est l'engagement d'effectuer un accord, et **la libération** qui consiste à exécuter l'apport souscrit. Dans certains cas les apports doivent être libérés intégralement dès la souscription.

L'article 1843-3 du Code Civil précise **quelle est la garantie due par l'apporteur à la société**. En effet, cette garantie n'est pas la même selon le type d'apport :

- **Apport est en pleine propriété ou usufruit** : l'apporteur est garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur.
- **Apport en jouissance** : l'apporteur est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur. Mais lorsque l'apport en jouissance porte sur des choses de genre, la société devient propriétaire des biens apportés, à charge d'en rendre de pareils de sorte que dans cette hypothèse l'apporteur est garant comme un vendeur (règles du prêt à la consommation qui s'appliquent).
- **Apport d'un fonds de commerce** : des règles particulières s'appliquent pour protéger les intérêts du créancier de l'apporteur qui pourrait être privé d'une valeur importante située dans le patrimoine du débiteur. En vertu de l'article L141-21 du Code de Commerce, tout apport de fonds de commerce en société est soumis aux mêmes formalités que celles qui sont prévues pour la vente (insertion dans un journal d'annonce légale, et insertion au BODACC). A défaut, la société est tenue solidairement du passif avec le débiteur principal.

La réunion des apports initiaux, et de ceux effectués à la vie sociale **constituent le capital social**. En principe, le capital social constitue le gage des créanciers sociaux. Cette formule signifie que le capital social est **soumis à un principe de fixité** en vertu duquel, d'une part un associé ne peut reprendre son apport au cours de la vie sociale, et d'autre part la société ne peut pas distribuer aux associés de dividendes par prélèvement sur ce capital. La protection des créanciers se prolonge au stade de la liquidation de la société puisque les associés ne peuvent reprendre leurs apports qu'après paiement des dettes sociales.

Toutefois, il importe de souligner que la **protection offerte aux créanciers sociaux par le principe de fixité du capital est limitée**. En effet, les biens apportés peuvent être utilisés ou revendus par la société de sorte que la garantie des créanciers sociaux réside dans la consistance de l'actif social c'est-à-dire de l'ensemble des biens dont la société est propriétaire à un moment donné. En contre partie de l'apport à la société, **l'apporteur devient associé** et acquiert tous les droits afférant à cette qualité et notamment le droit de vote. La fraction du capital social détenu par un associé détermine ainsi les droits de vote qu'il va détenir.

3. La participation des associés aux résultats de l'exploitation sociale :

Depuis 1978 la participation aux résultats de l'exploitation de la société peut consister en une **participation aux bénéfices** ou dans **une participation à une économie**. Mais, les associés ne participent pas seulement aux bénéfices ou aux économies. Ainsi que l'indique le dernier alinéa de l'article 1832, **les associés s'engagent à contribuer aux pertes**. La participation aux bénéfices ou économies ou aux pertes est d'ordre public. L'article 1844-1 du Code Civil **prohibe fermement les clauses léonines**

3.a. La participation aux bénéfices ou aux économies :

Dans sa rédaction originelle l'article 1832 du Code Civil disposait que **la société était constituée en vue de partager un bénéfice**. Cet objectif de la société permettait de distinguer sans difficultés la société et l'association (convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou activités dans un but autre que de partager des bénéfices).

Cependant, **aucun texte ne précisait ce qu'il fallait entendre par bénéfice**. Ce problème fut réglé par l'arrêt des chambres réunies de la Cour de Cassation de 1914 à propos d'un litige opposant la caisse rurale de la commune de Manigod à l'administration de l'enregistrement sur le montant d'un droit. La Cour de Cassation jugea que la caisse était une association au motif qu'en procurant à ses adhérents des prêts à des taux réduits, elle ne leur permettait que d'éviter un appauvrissement ou de réaliser une économie. A cette occasion, la haute juridiction précisa que **le bénéfice doit s'entendre d'un gain pécuniaire ou d'un gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés**.

La finalité de la société a **été remodelée par la loi de 1978**. Depuis cette loi, la finalité de la société peut consister aussi à partager le bénéfice ou à profiter de l'économie qui pourra résulter de la mise en commun des apports affectés à l'entreprise commune. A l'inverse, si le groupement a pour but de procurer un gain pécuniaire ou un gain matériel, dans ce cas l'association est privée et les personnes sont tenues de constituer une société.

La définition du bénéfice ou de l'économie n'est toujours pas donnée dans la loi de 1978, raison pour laquelle la définition donnée dans l'arrêt de 1914 conserve sa valeur. Par **gain pécuniaire** il faut comprendre un enrichissement en argent et **un gain matériel** serait par exemple la distribution de produit ou actions. S'agissant de **l'économie**, celle-ci consiste habituellement en une économie d'argent (achat groupé, mise en place de services communs). L'économie peut aussi consister en l'atténuation d'une perte (sociétés de secours mutuels).

3.b. La participation aux pertes :

Le fonctionnement d'une société ne procure pas toujours aux associés des bénéfices ou économies. Elle peut aussi engendrer des pertes et l'article 1832 précise que **« les associés s'engagent à contribuer aux pertes »**. Il s'agit d'une obligation d'ordre public. La contribution aux pertes doit **se distinguer de l'obligation aux dettes**.

La contribution aux pertes concerne les rapports entre les associés. En effet, elle désigne la répartition des pertes entre les associés. La contribution aux pertes suppose que les dettes de la société aient entamé le capital. La perte fait donc simplement l'objet d'un traitement comptable. La

contribution aux pertes joue donc à la dissolution de la société. Au terme de sa liquidation qui consiste à réaliser les biens de la société et à payer des créanciers sociaux avec l'argent obtenu, et bien la société subira une perte si après le paiement de toutes les dettes l'actif est inférieur au montant du capital social. Les pertes **ne doivent pas être confondues avec les dettes de la société**.

La participation aux pertes **permet de distinguer le contrat de société et le contrat de prêt**. En effet, alors que l'associé doit contribuer aux pertes, il n'en va pas de même du simple créancier. Cette distinction est rendue plus délicate par l'existence de prêts participatifs (loi de 1978). En effet, celui qui conçoit ce prêt peut être rémunéré par un intérêt majoré grâce au jeu d'une clause de participation aux bénéfices, mais en contre partie le prêteur est créancier de dernier rang. Cela signifie qu'il accepte d'être remboursé qu'après que tous les autres créanciers soient désintéressés.

L'obligation aux dettes concerne en revanche les rapports des associés avec les créanciers sociaux.

Plus précisément elle consiste à déterminer dans quelle mesure les associés sont responsables des dettes de la société sur leurs biens personnels. Cette obligation aux dettes varie suivant la nature de la société et elle ne peut en aucun cas être modifiée statutairement. Dans **les sociétés à risques limités** les associés ne sont pas tenus des dettes de la société au delà du montant de leurs apports. En revanche, les associés **d'une société civile** sont tenus indéfiniment des dettes sociales tandis que dans **les sociétés en nom collectif** ou **les sociétés en commandites** les associés sont tenus indéfiniment et solidairement sur leurs biens individuels des dettes de la société.

3.c. La répartition des bénéfices et pertes et la prohibition des clauses lésionnelles :

La répartition des bénéfices et pertes entre les associés est régie par l'article 1844-1 du Code Civil. Il ressort de l'article que **la part des associés dans les bénéfices et les pertes est en principe proportionnelle à leurs apports**.

Cependant, les **statuts peuvent prévoir une autre répartition de sorte que l'inégalité n'est pas interdite**. Ainsi les statuts peuvent prévoir un partage égal des bénéfices et pertes malgré des apports inégaux.

Si la répartition inégalitaire est admise, **la clause lésionnelle est en revanche prohibée** (stipulation qui attribue à un associé la totalité des profits).

La clause qui **supprime la vocation d'un associé au bénéfice détruit le contrat de société** dans son essence. Celle-ci aurait pu être sanctionnée même sans l'article du Code Civil car contraire à l'article 1832 du Code Civil. De même est **prohibée la clause qui exclue un associé de toutes contributions aux pertes ou inversement**. Cette prohibition des clauses lésionnelles **fait difficulté à propos de la promesse d'achat de droits sociaux pour un prix minimum garanti** (fréquente en cas de cession de contrôle étalée dans le temps). Dans un premier temps la jurisprudence a condamnée toutes les clauses ayant pour effet d'exonérer l'un des associés de toute participation aux pertes. La chambre commerciale a fini par admettre la validité de la promesse d'achat de droits sociaux à un prix minimal. S'agissant de **la sanction de la clause lésionnelle**, depuis la loi de 1978, la stipulation d'une telle clause dans le statut de la société n'entraîne plus la nullité de la société même si la clause a été la cause impulsive et déterminante de la société. La clause est seulement réputée non écrite.

4. L'affectio societatis :

L'un des traits caractéristique de la société est **la volonté d'union qui existe entre les associés**. Alors que dans bons nombres de contrats les parties ont des intérêts antagonistes, **dans la société les parties ont un intérêt commun**, ce que souligne l'article 1833 du Code Civil.

L'existence véritable d'une société suppose donc que **les contractants soient animés de cette volonté d'union et de collaboration égalitaire** qui s'exprime dans la formule *affectio societatis*. Aussi bien que la jurisprudence considère **qu'à défaut de celui-ci la société serait nulle**. Cet élément psychologique **suppose que chaque associé puisse jouer un rôle dans la société**, même s'il n'est pas le même pour tous les associés. L'article 1844 précise ainsi que tout associé a le droit de participer aux décisions collectives.

Il faut cependant souligner que l'affectio societatis **présente une intensité variable selon le type de société**. Très **intense dans les petites sociétés** (surtout les sociétés de personnes), il est **dilué dans les sociétés par action**. Cette analyse selon laquelle cet affectio societatis aurait tendance à ne pas exister dans les sociétés de capitaux **prête à discussion en raison de la consécration d'un intuitu personae** même dans ce type de sociétés.

Cet élément psychologique **permet de distinguer la société d'autres contrats**, et notamment du contrat de travail dans lequel il y a participation aux bénéfices. Ce critère de l'affectio societatis est aussi **important lorsqu'il s'agit de déterminer si la collaboration entre les concubins était constitutive d'une société créée de fait**.

En définitif il importe de souligner que chaque fois que **les conditions spécifiques de la société sont réunies, l'on est en présence d'une société**, et ce alors même que les associés n'auraient pas **procédés aux formalités de constitution** ou alors même qu'ils **n'auraient pas véritablement voulu une société**. Dans ce cas **il existe une société créée de fait** (important pour les tiers dans le cas de la théorie de l'apparence de la société).

II. Les formalités de constitution de la société :

La loi exige trois catégories de formalités à savoir **la rédaction du contrat de société** (les statuts), des formalités requises **dans un but d'information** des tiers si les associés souhaitent immatriculer la société au RCS pour lui conférer la personnalité morale (publicité dans un journal d'annonce légale) et enfin **des formalités au RCS**.

A. La rédaction des statuts de la société :

Dans sa rédaction issue de la loi de 1978, l'article 1835 du Code Civil énonce que **les statuts doivent être établis par écrit**. Il peut s'agir d'un acte notarié ou d'un acte sous seing privé (autant d'originaux qu'il y a de parties plus trois autres exemplaires). Cet écrit va **comporter toutes les mentions dont la publicité est exigée** (dénomination de la société, forme, montant du capital social, objet social, siège social).

En pratique les associés concluent souvent, parallèlement aux statuts, **d'autres engagements appelés actes d'associés ou actes extrastatutaires** qui gouvernent les relations entre tous les associés ou certains d'entre eux. On peut également **établir un règlement intérieur**. Néanmoins ces actes et

règlements intérieur ont une valeur inférieure au statut, ils ne peuvent donc contrevenir sous peine de nullité aux dispositions de ceux-ci.

B. La publicité d'un avis dans un journal d'annonce légale :

Préalablement à l'immatriculation de la société au RCS un **avis doit être publié dans un journal d'annonce légale** du département du siège social. Ce dernier doit comporter différentes mentions, à savoir la dénomination, la forme de la société, le montant de son capital, l'adresse, l'objet social, la durée de la société, le nom des premiers dirigeants, et le greffe où sera immatriculée la société.

C. Les formalités au registre du commerce et des sociétés :

Une autre publicité doit être effectuée par le **dépôt au greffe du tribunal de commerce** de deux expéditions des statuts s'ils sont notariés ou de deux originaux s'ils ont été établis par acte sous seing privé.

Ce dépôt doit être effectué au plus tard **au moment de la demande d'immatriculation de la société**. La demande d'immatriculation est déposée auprès d'un centre de formalité des entreprises et il procédera au dépôt au Greffe du tribunal de commerce, mais accomplira les diverses déclarations requises auprès des administrations fiscales et organismes sociaux.

III. La sanction des règles de constitution :

L'inobservation des règles qui gouvernent la constitution d'une société peut être **sanctionnée par la nullité de la société** et par **la responsabilité civile des associés**.

A. La nullité de la société :

En raison de la gravité des conséquences de la nullité d'une société (pour associés et tiers) la loi s'est efforcée **de réduire les cas de nullité, de freiner l'action en nullité** et **d'atténuer les conséquences de la nullité** lorsque celle-ci ne peut être évitée.

1. Les causes de nullité de la société :

Le droit de nullité des sociétés est complexe car il permet de **combiner les dispositions du Code Civil** relatives à toutes les sociétés (civiles et commerciales) et **celles contenues dans le code de commerce** (propres aux sociétés commerciales). L'article 1844-10 du Code Civil prévoit que la nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions des articles 1832 et 1833 ou de l'une des causes de nullité des contrats en général. De son côté l'article L235-1 du Code de Commerce prévoit que la nullité d'une société ou d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse de la présente loi ou de celles qui régissent la nullité des contrats. La nullité d'actes ou délibérations autres que ceux prévues, ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative de la loi ou de celles qui régissent les contrats.

Il ressort de ces textes que la nullité d'une société peut être **fondée en premier lieu sur le régime général des contrats** (incapacité, vice du consentement, illicéité, fraude). En second lieu la nullité peut être **fondée sur le régime spécial du contrat de société** résultant des articles 1832 et 1833 du Code Civil (défaut d'apport, absence d'affectio societatis). Enfin la nullité peut être encourue sur le

fondement d'une disposition expresse du livre II du Code de Commerce (dans les sociétés en nom collectif et commandite simple l'accomplissement des formalités est requises à peine de nullité de la société).

En marge de la nullité de la société **le droit des sociétés recoure amplement à la technique de la clause réputée non écrite.**

2. L'action en nullité :

L'action en nullité en matière de société **présente des particularités** qui traduisent le vœu du législateur de ne la voir aboutir que très rarement.

En premier lieu, au terme de l'article 1844-14 du Code Civil, **la prescription est de 3 ans à compter du jour ou la nullité est encourue.** La prescription n'est cependant pas possible lorsque la nullité est encourue en raison de l'illicéité de l'objet ou sur le fondement de la théorie de la fraude ou lorsque la loi prévoit que des clauses sont réputées non écrites.

En second lieu **la loi prévoit la possibilité d'une régularisation.** En effet, l'article L235-3 du Code de Commerce prévoit que l'action en nullité est éteinte lorsque la cause de l'action en nullité a cessé d'exister au jour ou statut le tribunal, sauf si cette nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social. L'article suivant ajoute que lorsqu'il est saisi d'une action en nullité, le tribunal peut même d'office fixer un délai pour permettre de couvrir la nullité.

3. Les conséquences de la nullité :

L'article 1844-15 du Code Civil prévoit que lorsque la nullité d'une société est prononcée, elle **met fin sans rétroactivité à l'exécution du contrat de société.** Cette dérogation se justifie par le souci de protéger les tiers qui ont pu légitimement se fier à la régularité apparente de la société. En cas d'annulation de la société, l'on **est en présence d'une société de fait** qui va être liquidée suivant les règles applicables à la liquidation des sociétés commerciales (dissoute).

L'absence d'effet rétroactif de la nullité **interdit à la société et à cet associé, ainsi qu'aux tiers (même de bonne foi) de s'en prévaloir** pour se soustraire de leurs engagements. Néanmoins, en cas d'annulation pour vice du consentement ou incapacité la nullité aura un effet rétroactif en faveur de l'associé intéressé qui pourra obtenir la restitution intégrale de son apport.

Si la société est annulée pour illicéité de son objet ou de sa cause l'on n'appliquera pas les statuts et l'on procèdera au partage équitable des actifs et passifs.

La tierce opposition contre la décision de nullité de la société **ne peut être reçue que dans un délai de 6 mois à compter de la publicité de la décision au BODACC.**

B. La responsabilité des associés :

Les associés qui n'ont pas respecté les règles relatives à la constitution d'une société **peuvent engager leur responsabilité civile.** En cas de nullité de la société, les associés peuvent en effet être déclarés responsables du dommage causé par cette nullité.

L'action en responsabilité civile se prescrit par 3 ans à compter du jour ou la décision d'annulation est passée en force de chose jugée. L'action peut être intentée même si la cause de la nullité a disparue et dans ce cas elle se prescrit par 3 ans à compter du jour ou la nullité a été couverte.

IV. La personnalité morale des sociétés :

Au terme de son processus de constitution une société peut devenir une entité personnifiée, c'est-à-dire avoir une personnalité juridique propre distincte de celle de ses associés. En effet, les articles 1842 du Code Civil et L210-6 du Code de Commerce énoncent que les sociétés civiles ou commerciales peuvent être dotées de la personnalité morale.

A. La notion de personne morale :

La notion de personne morale était à l'origine une notion de droit public qui était utilisée à propos de l'Etat et des collectivités publiques. Cependant, au cours du XIX^{ème} siècle la jurisprudence a progressivement construit une théorie générale de la personnalité morale en prenant appui sur des textes consacrant implicitement l'autonomie patrimoniale des sociétés. La Cour de Cassation a en effet reconnu dans son arrêt de 1891 la personnalité morale de toutes les sociétés, à l'exception de la société en participation et de la société créée de fait.

La nature de la personnalité morale a suscité une controverse doctrinale car l'on avait d'un côté les partisans de la théorie classique dite de la fiction. Ces derniers estimaient que la personnalité morale était une création de la loi et qu'elle ne pouvait exister que si elle était reconnue expressément ou implicitement par le législateur. Le doyen **GENY** a affirmé que la personnalité morale était une réalité. Il s'agit de la théorie de la réalité, de sorte que l'on devait reconnaître son existence même dans le silence de la loi à tout groupement qui a un intérêt collectif distinct de ses membres et qui s'exprime dans un minimum d'organisation.

Dans un arrêt de 1954 rendu à propos des comités d'établissements, la Cour de Cassation avait consacré la thèse de la réalité. Malgré cet arrêt de principe, dans les lois de 1966 et de 1978 le législateur s'est prononcé clairement en faveur de la théorie de la fiction. L'octroi de la personnalité morale à la société est subordonné à l'accomplissement d'une formalité : l'immatriculation au RCS.

La personnalité morale institue un écran entre les associés de la société et les tiers. Cependant, cet écran n'a pas toujours la même épaisseur. Ainsi la personnalité morale peut être opaque ou transparente. Elle est opaque lorsque les créanciers de la société ne peuvent poursuivre les associés de la société sur leurs biens personnels en cas de défaillance de la société. Dans ce cas la personnalité morale peut être un abri pour ceux qui ne veulent pas exercer de commerce à titre individuel ou qui souhaitent créer une société de façade pour limiter leur responsabilité. Le législateur et la jurisprudence ont cependant limité la protection offerte aux associés par une personnalité morale opaque. Ainsi, l'abus de la personnalité morale peut être sanctionné par le juge lorsqu'il apparaît que la société créée est fictive ou frauduleuse. Dans l'hypothèse d'une liquidation judiciaire le tribunal peut mettre à la charge des dirigeants de droit ou de fait qui auraient commis des fautes de gestion tout ou partie du passif de la société (action en comblement de passif). Lorsqu'il y a confusion de patrimoine entre le dirigeant et la société, on peut étendre la procédure de liquidation au dirigeant. Enfin l'article L64 du Livre de procédure fiscale sanctionne l'abus de la personnalité morale au regard du droit fiscal. Ainsi, lorsqu'une société est fictive ou n'a été

constituée que pour des motivations fiscales, cette société ne sera pas opposable au fisc. Lorsque la **personnalité morale est transparente**, les créanciers de la société peuvent poursuivre les associés sur leurs biens personnels si la société est défaillante. La transparence produit également des conséquences en matière fiscale car les **bénéfices réalisés par la société seront imposés directement dans le patrimoine de chacun des associés**.

Les articles L210-6 du Code de Commerce et l'article 1842 du Code Civil **permettent de déterminer précisément le moment de la naissance de la personnalité morale de la société** (le jour de l'immatriculation au RCS). Le processus qui conduit à la naissance de la personnalité morale des sociétés est complexe.

B. Le processus d'attribution de la personnalité morale à la société.

Toute société **n'est pas nécessairement dotée de la personnalité morale**. En effet, celle-ci suppose l'accomplissement d'une formalité, à savoir l'immatriculation au RCS. C'est la raison pour laquelle l'article L210-6 du Code de Commerce dispose « **les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à daté de leur immatriculation au RCS, la transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle, il en est de même de la prorogation** ».

Avant l'immatriculation au RCS, les rapports entre les associés **obéissent aux règles du contrat de société et aux principes généraux du droit des contrats et obligations**. Ces textes précisent également le sort des actes accomplis **au cours de la période constitutive**.

1. Les rapports entre les associés avant l'immatriculation :

La conception d'une société commence souvent par **un simple accord de principe ou par une véritable promesse de société** qui consiste en engagement pris par deux ou plusieurs personnes de constituer entre elles une société. Si l'un des promettant refuse d'exécuter sa promesse **il engagera sa responsabilité contractuelle envers les cocontractants** mais on ne peut le contraindre à entrer dans la société.

Une société est véritablement **constituée dès lors que ses statuts ont été signés par les associés**. L'immatriculation n'est donc pas une condition de constitution de la société. En effet, il existe des sociétés qui ne sont **jamais immatriculées et donc jamais dotées de la personnalité morale** (société en participation).

Lorsque les associés ont décidé de doter la société de la personnalité morale, **un temps plus ou moins long va s'écouler entre la signature des statuts et l'immatriculation au RCS**. Durant cette période constitutive les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et les principes généraux du droit des obligations. **Mais est ce que les décisions peuvent être prises à la majorité ou à l'unanimité conformément au droit commun des contrats ?** Si la décision est **une décision de fonctionnement la majorité devrait suffire**. Si la décision **touche au contrat de société, et bien c'est l'unanimité** qui sera nécessaire.

Les véritables **difficultés concernent les relations entre les associés de la société et les tiers**. En effet, avant **l'immatriculation certains actes indispensables doivent être accomplis obligatoirement**.

2. Le sort des actes accomplis au cours de la période constitutive :

Pour régler ce problème l'article L210-6 du Code de Commerce s'est efforcé de concilier deux objectifs à savoir **la protection des tiers** et **la protection des associés**. En application des textes, dans le cadre d'une société en formation, seuls les associés qui ont passés un acte pour le compte de la société en formation sont tenus à l'égard des tiers. Mais, pour protéger les associés les articles L210-6 et 1843 précisent que les opérations effectuées au nom de la société en formation peuvent être repris par celle-ci.

- Le domaine de procédure de reprise :

La reprise **peut concerner les actes et les engagements souscrits**. Ces termes visent les contrats, les conventions, et les délits.

- Les modalités de la reprise :

Trois situations doivent être distinguées :

- **Actes conclus avant la signature des statuts :** l'état des actes accomplis pour le compte de la société en formation doit être présenté aux associés avant la signature des statuts avec l'indication pour chacun de ces actes de l'engagement qui en résultera pour la société. Cet état est annexé aux statuts dont la signature emportera reprise automatique des engagements par la société lorsque celle-ci aura été immatriculée.
- **Actes accomplis entre la signature des statuts et l'immatriculation :** les associés peuvent, dans les statuts ou par acte séparé, donner mandat à l'un ou plusieurs d'entre eux ou au gérant non associé (SARL) de prendre des engagements pour le compte de la société en formation. Si ces derniers sont déterminés et si les modalités en sont précisées par le mandat l'immatriculation emportera de plein droit reprise des engagements par la société.
- **Possibilité de reprise postérieure à l'immatriculation :** lorsque les conditions exigées pour la reprise automatique des actes passés avant l'immatriculation ne sont pas remplies, les actes peuvent être repris après l'immatriculation. Cette décision peut être prise à la majorité des associés. La décision de reprise des actes doit être expresse.
- **Les effets de la reprise :**

Lorsque les engagements conclus avant l'immatriculation ont été valablement repris (automatiquement ou décision expresse), **ces actes sont réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société**. La société se substitue à la personne qui a agit pour le compte de celle-ci. Seule restera tenue, avec effet rétroactif, la société. Cette rétroactivité se justifie car le créancier a accepté de souscrire le contrat sachant que le cocontractant agissait au nom et pour le compte de la société en formation. Cette rétroactivité **est importante du point de vue fiscal** car la reprise de l'acte ne pourra pas donner lieu au paiement de nouveaux droits d'enregistrement.

- Les conséquences du défaut de reprise :

Lorsque la société n'est pas immatriculée, ou lorsque bien que l'étant, toute ou partie des actes accomplis avant la signature des statuts n'est pas repris, **la société n'est pas engagée**. Seules les personnes qui ont agis pour le compte et au nom de la société restent tenus. Pour les actes

accomplis par mandat, seuls les mandants et le mandataire restent tenus. Ils **seront tenus sur la totalité de leur patrimoine et solidairement si l'acte est commerciale.**

Que se passe-t-il lorsqu'il y a eu un commencement de l'activité sociale ? Dans le cadre d'une société en formation **seuls les actes destinés à préparer le commencement de l'exploitation peuvent être accomplis.** En cas de commencement de l'activité sociale, la jurisprudence estime que la société devient une société créée de fait et dans ce cas tous les associés de la société créée de fait seront tenus indéfiniment et solidairement (si l'activité sociale est commerciale) des actes passés par la société. La responsabilité des personnes ayant agi pour le compte de la société en formation **ne leur confère pas la qualité de commerçant.**

Dans l'hypothèse où la société profiterait de l'acte qu'elle refuse de reprendre, **elle pourrait être tenue de rembourser les frais de la personne qui s'était engagée** sur le fondement de l'enrichissement sans cause ou de la gestion d'affaire. En pratique, il est prudent pour les personnes qui agissent pour le compte d'une société en formation d'insérer dans le contrat une clause en vertu de laquelle en cas de non reprise de l'acte par la société le contrat serait résolu de plein droit et sans frais.

Une fois immatriculée **la société accède pleinement à la vie juridique.**

C. Les attributs de la personnalité morale :

Dès lors qu'elle a été immatriculée, **la société est une personne juridique autonome distincte de ses associés et dirigeants.** L'intérêt propre de la société, personne morale, peut être protégé par le juge en cas de conflit avec l'intérêt personnel de tel ou tel associé ou dirigeant. La reconnaissance de la personnalité juridique de la société se traduit par l'existence d'un patrimoine propre. De plus, pour agir dans la vie commerciale la société dispose des mêmes attributs extrapatrimoniaux qu'une personne physique.

1. Le patrimoine de la société :

Comme toute personne, **la société est dotée d'un patrimoine propre, c'est-à-dire distinct de celui des associés.** L'actif social peut comprendre n'importe quel droit. Le passif social comprend toutes les dettes de la personne morale. Le patrimoine d'une société varie donc suivant l'évolution de son actif et de son passif.

L'autonomie du patrimoine social a des conséquences dans la relation entre la société et les associés, et dans les relations entre la société et les créanciers.

- Dans les rapports avec les associés :

L'autonomie patrimoniale de la société signifie que les associés ne sont pas copropriétaires des biens qu'ils ont apportés à la société. Les associés **ont un droit de créance mobilier contre la société qui est seule propriétaire des biens sociaux.** Les associés sont propriétaires de droits sociaux de nature mobilière, droit qui leur confère des droits pécuniaires et des droits extra-pécuniaires. En cas de difficulté économique seule la société est soumise à la loi de sauvegarde de 2005. **Les associés ne répondent pas des dettes de la société sur leurs biens personnels** en principe. Les associés ont tendance à ne prendre en considération que les attraits de l'autonomie patrimoniale et à ne pas tenir

compte de cette autonomie dans leurs relations avec la société. Ce comportement les expose à des sanctions patrimoniales et pénales (abus de biens sociaux).

- **Dans les rapports avec les créanciers sociaux :**

L'autonomie patrimoniale de la société se traduit par la reconnaissance d'un droit de gage exclusif sur le patrimoine social qui ne répond pas des dettes des créanciers personnels de chacun des associés. Les créanciers de la société seront payés sur le patrimoine social avant que les créanciers des associés ne puissent y prétendre. **Les créanciers sociaux ont un droit de préférence sur les biens sociaux**. En outre, aucune compensation n'est possible entre les créances sociales et les dettes personnelles des associés et inversement. Les créanciers personnels des associés peuvent toutefois saisir les droits sociaux des associés qui sont leurs débiteurs. Dans les sociétés de personnes, en cas de défaillance de la personne morale, les créanciers peuvent recouvrer leur créance à l'encontre des associés qui sont tenus indéfiniment avec ou sans solidarité des dettes de la personne morale.

2. Les attributs extrapatrimoniaux de la société :

A l'instar d'une personne physique, une société dotée de la personnalité morale est titulaire d'un nom, d'un domicile et d'une nationalité.

- **Le nom de la société :**

Toute société doit avoir un nom ou une appellation figurant ans ses statuts. La société choisie librement se dénomination sociale, à condition de ne pas reprendre une dénomination choisie par une entreprise concurrente. La dénomination sociale peut être tirée de l'objet de l'entreprise. La dénomination sociale doit toujours être précédée ou suivit de l'indication de la forme de la société ainsi que le montant de son capital social.

- **Le siège social :**

Il s'agit **du domicile de la société**, c'est-à-dire le lieu où la personne morale a ses organes de direction et ses services administratifs. Le siège social n'est pas nécessairement le principal lieu d'exploitation. C'est au siège social qui est mentionné dans les statuts que doivent être accomplies les diverses publicités requises lors de la constitution de la société et en cours de vie sociale, ainsi que les publicités d'ordre judiciaire. C'est devant le tribunal du lieu du siège social que la société pourra être assignée. Si le siège social statutaire est fictif, il devient inopposable aux tiers qui bénéficient d'une option (ils peuvent invoquer le siège réel ou s'en tenir au siège statutaire fictif selon leurs intérêts).

Pour faciliter la création des entreprises, la loi de 1984 a prévu que lors de la constitution de la société, et pendant un délai de 2 ans le siège social peut être provisoirement fixé dans un local d'habitation du représentant légal de la société. De plus, **plusieurs sociétés peuvent avoir un siège commun en vertu d'un contrat de domiciliation**.

Le siège social d'une société **peut être transféré au cours de la vie sociale** dans les conditions requises pour une modification des statuts. Il y a **trois particularités** à savoir que dans les sociétés anonymes le conseil d'administration peut décider seul le déplacement du siège social à l'intérieur du département ou dans un département limitrophe, dans les SARL la même faculté existe, et le

transfert du siège social au-delà des frontières emporte changement de nationalité de la société, ce qui implique une décision prise à l'unanimité des associés.

- **La nationalité de la société :**

Elle est **déterminée par le lieu de son siège social**. Ainsi, une société est française lorsque son siège social est en France. Dans **des situations exceptionnelles** (guerre), le critère du siège social s'effacera devant le critère du contrôle qui tient compte de la nationalité de ceux qui ont apportés les capitaux à la société ou de ceux qui la dirige.

La société **est soumise à sa loi nationale** (article L210-3 du Code de Commerce et 1837 du Code Civil) en ce qui concerne leur fonctionnement, le statut des associés, et les pouvoirs de leurs dirigeants. Les sociétés étrangères disposent en France des mêmes droits que les sociétés nationales.

D. La commercialité de la société personne morale :

Le caractère commercial d'une société **est déterminé par sa forme ou son objet** et quelque soit son objet pour les SARL, EURL, sociétés par action simplifiées,

Les **sociétés commerciales par la forme** sont soumises aux mêmes obligations et bénéficient des mêmes droits que les commerçants personnes physiques. Toutefois, la règle de la commercialité par la forme est écartée par l'article 631-1 du Code Commerce pour les sociétés d'exercice libéral soumises à la loi de 1990.

Les sociétés qui ne sont pas commerciales par leurs formes peuvent néanmoins être **commerciales par leur objet**. Elle sera alors commerciale si elle a pour objet l'exercice d'une activité commerciale. En revanche, une société aura un caractère civil si elle exerce des activités civiles.

E. La représentation de la société :

La capacité de jouissance d'une société commerciale est en principe **identique à celle d'une personne physique**. La société est en principe apte à être titulaire de tout droit pécuniaire et extra-pécuniaire sous réserve du principe de spécialité légale et statutaire. La société dispose également du droit d'agir en justice. Pour pouvoir exercer ses droits, la société doit recourir à des personnes physiques. La société, personne morale, est ainsi représentée de manière originale par les organes que la loi institue. La représentation de cette dernière par les organes est **une source d'insécurité pour les tiers** car ceux-ci peuvent craindre que l'organe dépasse ses pouvoirs ou ne dispose d'aucun pouvoir pour engager la société. C'est pour cette raison qu'une **ordonnance de 1969 a instaurée deux mesures pour protéger les tiers** :

- Lorsque la nomination des personnes chargées de gérer, d'administrer ou de diriger la société a été régulièrement publiée, ni la société ni les tiers ne peuvent se prévaloir d'une irrégularité dans la nomination pour se soustraire à leurs engagements. En revanche, un tiers peut se prévaloir des actes même s'ils n'ont pas été publiés.
- Elle a posé le principe selon lequel dans toutes les sociétés commerciales les clauses restreignant le pouvoir des dirigeants sont inopposables aux tiers. Les dirigeants sont dotés d'un pouvoir légal de gestion et sont investis dans les rapports avec les tiers des pouvoirs les

plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Cette règle assure la sécurité et rapidité des transactions.

F. Les responsabilités de la société personne morale :

A l'instar d'une personne physique, la société personne morale encoure **des responsabilités civiles** et **des responsabilités pénales**.

1. La responsabilité civile :

La société répond directement des dommages causés aux tiers par la faute de l'un de ses représentants. Elle répond également des agissement de ses préposés et choses et animaux dont elle a la garde. Il est aussi possible de réclamer réparation du dommage en **se fondant sur la responsabilité contractuelle**.

2. La responsabilité pénale :

Cette responsabilité récente car c'est **le nouveau Code Pénal de 1994 qui a mis fin à une ancienne jurisprudence de la Cour de Cassation qui avait posé le principe de l'irresponsabilité des personnes morales** au regard du droit pénal. Cette responsabilité pénale n'exclue pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits. Le législateur a mise ne place des peines spécifiques aux personnes morales telles que la dissolution, la fermeture d'un établissement, l'interdiction d'exercer une activité professionnelle, l'exclusion des marchés publics.

Chapitre 2 : La vie de la société

Le fonctionnement d'une société est régi par certains principes.

I. Les principes de fonctionnement :

La vie d'une société est gouvernée par deux grands principes. En premier lieu, le pouvoir de direction de la société est exercé par ses dirigeants. En deuxième lieu, les associés disposent de prérogatives qui leurs permettent de participer à la vie sociale.

A. L'exercice du pouvoir par les dirigeants :

Si selon une formule « on ne peut pas manger avec une personne morale », il est certain que celle-ci ne peut pas d'avantage exercer elle-même ses droits dont elle jouit. L'exercice des droits d'une personne morale supposent donc quelle soit représentée par des organes, par des dirigeants qui vont agir pour son compte grâce au mécanisme de la représentation. Les dirigeants sont toujours désignés par l'assemblée des associés suivant des modèles qui varient selon le type de société. Ils sont également révoqués suivant des modalités variables selon les types de sociétés.

Dans le but de protéger les tiers, la nomination, la révocation, et la démission doivent faire l'objet d'une publicité selon des modes habituels (journal d'annonce légale, RCS, BODACC). L'article L210-9 du Code de Commerce énonce « ni la société ni les tiers ne peuvent se prévaloir d'une irrégularité dans la désignation des dirigeants si leur nomination a été régulièrement publiée ». Ainsi la publicité purge les vices de désignation.

Les règles relatives à la représentation des personnes morales varient selon le type de société. Dans certaines les dirigeants doivent être des personnes physiques (gérant d'une SARL). En revanche, dans les sociétés en nom collectif ou en commandite, le gérant peut être une personne morale mais dans ce cas la personne morale désigne un représentant permanent. On peut malgré tout discerner un nombre de règles communes à la représentation des personnes morales par leurs organes.

Enfin, l'exercice du pouvoir peut exposer les dirigeants à de lourdes responsabilités.

1. Généralité sur le statut des dirigeants de sociétés commerciales :

Les dirigeants d'une société commerciale ne sont pas, en cette qualité, des salariés de la société et ne bénéficient pas de la protection conférée par le contrat de travail. Toutefois, ces dirigeants peuvent cumuler leur fonction de direction avec un contrat de travail les liants à la société, mais à la condition que ce contrat soit effectif et corresponde à des fonctions techniques bien distinctes des fonctions de direction.

Les dirigeants de société commerciale ne sont en principe pas commerçants car ils n'accomplissent pas d'acte de commerce pour leur compte mais pour la société. Toutefois, dans les sociétés en nom collectif ou en commandite ces personnes ont la qualité de commerçant, de sorte que les gérants de ces sociétés peuvent avoir la qualité de commerçant s'ils sont associés ou commandités.

Les dirigeants de société commerciale **peuvent être qualifiés d'organe de la personne morale**. Cette qualification participe d'une approche de la société qui privilégie la conception institutionnelle. La notion d'organe participe de l'idée que les dirigeants font corps avec la société qu'ils représentent. Lorsqu'ils agissent c'est au nom et pour le compte de la société.

A côté de ces règles communes, il existe **des règles propres aux différents types de dirigeants de sociétés commerciales**.

2. Les pouvoirs des dirigeants de sociétés commerciales :

D'une manière générale, les dirigeants ont **tout pouvoir pour assurer la gestion quotidienne de la société dans l'intérêt de celle-ci**. Plus précisément, ils assument aussi bien la direction économique que la direction juridique. La direction juridique doit être étudiée **dans les rapports avec les associés** et dans **les rapports avec les tiers**.

- **Les pouvoirs des dirigeants dans les rapports avec les associés :**

Les associés investissent les organes de direction et c'est au dirigeant qu'il appartient d'effectuer la gestion courante de la société. Si un dirigeant est frappé d'une interdiction de diriger ou de gérer, et bien il n'aura plus de pouvoir de représenter la société (une action en justice introduite par ce dernier serait alors déclarée irrecevable).

En outre, les dirigeants peuvent valablement conclure au nom de la société des opérations plus importantes (acquisition d'un immeuble ou fonds de commerce). Les pouvoirs des dirigeants ne sont toutefois pas sans borne et ces bornes résident dans les dispositions légales, ou dans les dispositions des statuts ou dans l'intérêt social. Ainsi les dirigeants ne peuvent accomplir un acte que la loi réserve à la compétence d'un autre organe social. Ils doivent également respecter les statuts, agir dans les limites de l'objet social. De même ils doivent agir dans l'intérêt social, c'est-à-dire dans l'intérêt propre de la société. Le plus souvent la transgression de ces limites n'affecte pas la validité de l'acte accompli par le dirigeant car le législateur veut assurer la sécurité des tiers traitants avec la société.

- **Les pouvoirs des dirigeants dans les rapports avec les tiers :**

La loi règle les pouvoirs des dirigeants vis-à-vis des tiers avec le souci de les protéger. Ainsi le principe est que **la société est engagée envers les tiers par tous les actes passés par les dirigeants que la loi ne réserve pas expressément à la compétence des autres organes** (assemblée générale d'associés). Il s'en suit que les tiers peuvent contracter avec une société sans prendre soin de consulter ses statuts ou le RCS. Les pouvoirs des dirigeants sont aussi **limités par l'objet social et les clauses statutaires** :

- **Les conséquences de la violation des dispositions légales limitant le pouvoir des dirigeants :**
la société n'est jamais engagée par les actes des dirigeants qui empiètent sur les prérogatives réservées par la loi à un autre organe social en application de la règle « nul n'est censé ignorer de la loi ». En outre, les limitations légales des pouvoirs sont opposables aux tiers. Plus généralement, une société n'est pas engagée par les actes de son dirigeant qui impliquent indirectement mais nécessairement une modification des statuts pour laquelle la loi attribue compétence à l'assemblée des associés. La Cour de cassation considère que tout acte qui porte atteinte à l'objet social s'analyse en une modification des statuts. Cette jurisprudence

est critiquée par la doctrine car la violation des statuts et leur modification sont des choses distinctes. Il y a une nécessité de rédiger l'objet social avec prudence. La rédaction de celui-ci va revêtir une importance car chaque fois que l'acte accompli par le dirigeant ne compromet pas la réalisation de l'objet social, l'opération sera considérée comme valable.

- **Le dépassement de l'objet social** : on parle de dépassement de l'objet social lorsque l'acte accompli par le dirigeant au nom de la société ne relève pas de l'objet social. Dans les sociétés à risque illimité les dirigeants n'engagent pas la société par les actes qui ne relèvent pas de son objet social. La solution est justifiée par la nécessité de protéger les associés dont la responsabilité est illimitée contre des actes inconsidérés ou malveillants des dirigeants. Elle oblige les tiers à vérifier que l'acte projeté relève bien de l'objet social. Dans les sociétés à risque limité la loi dispose que les actes accomplis par les dirigeants engagent la société même si l'acte n'entre pas dans l'objet social, à moins que les tiers n'aient eu connaissance du dépassement de ces pouvoirs. Ainsi la société est toujours engagée, même pour les actes n'entrant pas dans l'objet social, sauf mauvaise foi des tiers. S'ils sont de bonne foi la société ne peut rechercher que la responsabilité civile du dirigeant.
- **La violation des clauses statutaires limitatives de pouvoir** : la protection des tiers est assurée dans toutes les sociétés. En effet, le législateur prévoit que les clauses statutaires limitant les pouvoirs des dirigeants sont opposables aux tiers. En revanche, les tiers peuvent se prévaloir des dispositions des statuts limitant les pouvoirs des dirigeants. On parle de règle du pouvoir légal des dirigeants de sociétés. En outre, la jurisprudence décide que les limites statutaires aux pouvoirs des dirigeants sont opposables aux tiers, mêmes si ceux-ci avaient pris connaissance des statuts. Les seules sanctions applicables à l'excès de pouvoir commis par un dirigeant sont d'ordre interne (révocation, action en responsabilité).

3. La responsabilité des dirigeants :

Les fonctions de dirigeant ne sont pas sans risque pour ceux qui les exercent. En effet, les dirigeants peuvent non seulement **engager leur responsabilité civile** mais aussi **leur responsabilité pénale**. En outre, le Code général des impôts prévoit **une responsabilité fiscale**.

La responsabilité civile des dirigeants peut être **engagée envers la société ou les associés** en cas de violation des dispositions légales ou réglementaires ou en cas de violation des statuts, ou en cas de faute de gestion. La cour de cassation considère qu'en agissant à l'encontre de l'intérêt social un dirigeant commet une faute de gestion. Les tiers peuvent aussi rechercher **la responsabilité des dirigeants**, mais dans ce cas la faute reprochée doit être personnelle et extérieure à leur activité de représentation.

La responsabilité pénale des dirigeants est engagée s'il commet des infractions prévues par le code de commerce (abus de biens sociaux), par le code du travail (délit d'entrave au fonctionnement du comité d'entreprise), par le droit commun (abus de confiance). En outre, la responsabilité des dirigeants peut être mise en œuvre dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire.

La responsabilité fiscale des dirigeants peut être engagée en application de l'article L267 du livre des procédures fiscales, au terme duquel les dirigeants peuvent être tenus solidairement du paiement des impositions et pénalités dues par la société.

B. La participation des associés à la vie sociale :

La plus forte expression de la participation des associés réside dans le droit qu'ils ont de rester dans la société. La participation des associés à la vie sociale passe aussi par le respect de leurs propres engagements. Enfin, les associés disposent de d'importants droits d'intervention dans la société.

1. Le droit de rester associé :

Traditionnellement l'on affirmait que **le droit de rester associé était intangible**. En principe, un associé ne peut être exclu d'une société contre son gré. Ce **principe est remis en cause** aujourd'hui par des dispositions législatives et par les solutions jurisprudentielles.

En premier lieu, **l'exclusion d'un associé peut être autorisée par la loi**. Par exemple l'expulsion peut résulter d'une loi de nationalisation. De même, la loi autorise l'exclusion d'un associé dans le cadre des sociétés à capital variable car la clause de variabilité du capital permet l'entrée et la sortie d'associés à tout moment sans modifier les statuts.

En second lieu, **les décisions de jurisprudence ont admis la validité d'une clause statutaire d'exclusion** à laquelle un associé aurait acquiescé par avance à la condition que l'exclusion s'accompagne d'une juste indemnisation. La validité d'une clause d'exclusion a été clairement consacrée par la loi de 1994 instaurant la société par action simplifiée. Se pose également le **problème du contrôle de la mise en œuvre de ces clauses**. Les juges du fond ont l'obligation de contrôler la régularité formelle et substantielle de cette décision d'exclusion. Le juge devra ainsi s'assurer que l'exclusion n'est pas abusive.

2. Les engagements de l'associé :

On distingue deux sortes d'engagements car d'une part **l'associé doit libérer les engagements qu'il a souscrits et contribuer aux pertes de la société**. Il convient de préciser que l'associé d'une société en nom collectif ou en commandite est tenu sur ses biens personnels de toutes les dettes sociales. Si la société est dans l'impossibilité de payer une dette, l'associé en nom ou le commandité peut être poursuivi par le créancier sur son propre patrimoine.

En dehors de ces obligations, on peut hésiter sur le point de savoir si **un associé peut être tenu à l'égard de la société d'une obligation de ne pas lui faire concurrence**. A l'appui de cette solution l'on peut évoquer l'article 1134 du Code civil selon lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Mais un arrêt de 1996 a jugé que si une clause interdisant un ancien associé d'une société toute forme de concurrence envers celle-ci peut être insérée dans les statuts, et bien l'introduction ultérieure d'une telle clause augmente les engagements de l'associé et l'introduction de cette clause nécessiterait une décision unanime.

Cette solution démontre que mis à part le cas d'un associé en nom ou commandité, **l'associé ne peut voir ses engagements augmenter au cours de la vie sociale**. Ce principe de l'intangibilité des engagements des associés est affirmé par l'article 1836 du Code civil. On rattache cette solution au caractère contractuel de la société. L'associé ne peut être tenu au-delà de ce à quoi il a consenti. En revanche il n'y a pas augmentation des engagements des associés lorsque en cours de vie sociale la société procède à des appels de cotisation qui avaient été prévus à l'origine dans les statuts.

3. Les droits d'intervention de l'associé :

Les associés de toute société **disposent de prérogatives qui leur permettent d'intervenir dans la vie sociale**. Tout associé a le droit de participer aux délibérations des assemblées générales, de voter, d'être informé et de sanctionner la gestion des dirigeants :

- **Le droit de participer aux délibérations de l'assemblée générale** : ce droit de l'associé est affirmé par l'article 1844 du Code Civil. Pour la jurisprudence droit est d'ordre public et aucune dérogation n'est prévue.
- **Le droit de vote** : c'est un droit fondamental de tout associé et pour de nombreux auteurs il s'agit de droit fonction. Compte tenue de l'importance de ce droit la jurisprudence a longtemps considérée qu'un associé ne pouvait refuser par avance à voter ou à s'engager à voter dans tel sens. Elle s'est cependant assouplie et des décisions ont admis la validité d'une convention de vote dès qu'elle est limitée à un vote spécial et conforme à l'intérêt social.
- **Le droit à l'information** : ce droit est un corolaire du droit de vote car il doit être éclairé. Tout associé a ainsi le droit d'obtenir la communication de divers documents.
- **Le droit de sanctionner la gestion des dirigeants** : ils exercent leur pouvoir de gestion sous le contrôle des associés qui peuvent demander en justice l'annulation des décisions prises par les dirigeants sociaux si elles sont entachées d'un vice. Ils peuvent rechercher la responsabilité personnelle des dirigeants. Ainsi, tout associé peut demander réparation d'un dommage qui lui est propre et intenter contre les dirigeants l'action sociale en responsabilité au cas où la faute de celui-ci aurait causé un préjudice à la personne morale (action sociale ut seguli).

II. les difficultés de fonctionnement de la société :

Au cours de la vie sociale la société peut être confronté à **des difficultés financières** qui appellent différentes sortes de réponses selon leur gravité. Mais à côté de ces difficultés financières une société peut également être en proie à des crises politiques.

A. Les difficultés financières :

Selon la gravité, les difficultés financières peuvent nécessiter la réduction du capital social, le déclenchement d'une procédure d'alerte et d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

1. La réduction du capital social :

Dans les SARL ou SA, en cas de perte de la moitié du capital social, **la réunion des actionnaires ou des associés s'impose pour décider des mesures de redressement à prendre**. La loi prévoit deux sortes de mesures selon la gravité de la situation. Si la situation de la société **apparaît irrémédiablement compromise**, les associés peuvent décider de procéder à la dissolution de la société. Mais si les associés peuvent encore **espérer redresser la situation**, ils peuvent décider de poursuivre l'activité de la société à la condition de reconstituer le montant des capitaux propres dans les deux ans qui suivent. La loi exige que les capitaux propres soient reconstitués immédiatement à hauteur d'au moins la moitié du capital social. A défaut la société devra réduire son capital d'un montant au moins égal à celui des pertes qui ne pourraient être imputées sur les réserves. Toutefois, le tribunal peut

accorder à la société un moratoire de 6 mois pour régulariser le montant des capitaux propres. Dans les cas extrêmes, on peut associer une réduction et une augmentation du capital social.

2. La procédure d'alerte et de sauvegarde des entreprises :

Cette dernière a été modifiée par une loi de 2005.

B. Les crises politiques :

Des **divergences peuvent surgir entre des associés quant à la politique de la société**. Dans le silence des textes, pour sauvegarder l'intérêt social, le juge peut sanctionner les abus de majorité ou minorité, mais le juge peut également faire intervenir des tiers étrangers à la société. Ce sont ces crises politiques qui ont soulevé le débat sur l'intervention du juge dans le monde des affaires.

1. Les sanctions jurisprudentielles des abus de majorité et de minorité :

Sans le soutien d'aucun texte, la jurisprudence s'est arrogé **le pouvoir d'exercer un contrôle sur les délibérations prises par les assemblées de sociétés**. Les tribunaux n'hésitent pas à remettre en cause les décisions sociales qui sont entaché d'abus de majorité ou de minorité.

La jurisprudence a d'abord admis qu'elle pouvait annuler les délibérations prises contrairement à l'intérêt de la société et dans l'unique but de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité. On parle dans ce cas **d'abus de majorité** (par exemple la prise en charge du passif d'une autre société uniquement pour protéger le gérant de celle-ci). Outre l'annulation de la délibération pour abus de majorité, les minoritaires peuvent obtenir la condamnation des majoritaires à leur payer des dommages et intérêts.

La jurisprudence admet qu'à l'instar des majoritaires, **les minoritaires peuvent aussi abuser de leur droit de vote** lorsqu'ils détiennent une minorité de blocage. La jurisprudence vérifie à chaque fois si le refus des minoritaires est contraire ou non à l'intérêt social. Lorsque le comportement des minoritaires est abusif se pose alors **le problème de la sanction de l'abus de minorité**. La cour de cassation a jugé dans un arrêt de 1993 que le juge ne pouvait se substituer aux organes sociaux légalement compétents mais qu'il lui était possible de désigner un mandataire aux fins de représenter des associés minoritaires défaillants à une nouvelle assemblée dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social, mais en ne portant pas atteinte à l'intérêt légitime des minoritaires.

2. l'intervention de tiers étrangers à la société :

Les dispositions législatives permettent au juge de nommer un expert pour présenter aux associés un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société. Le juge peut aussi nommer un administrateur provisoire en cas de blocage du fonctionnement de la société ou si la politique suivie par les dirigeants apparaît contraire à l'intérêt social.

2.a. La nomination d'un expert de gestion :

Dans les SA ou SARL, le Code de Commerce dispose que un ou plusieurs associés représentants au moins le dixième du capital social peuvent demander au président du tribunal, statuant en la forme des référés, **de désigner un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport** sur une ou

plusieurs opérations de gestion effectuées par la société. Lorsque les conditions de l'expertise de gestion prévues par le code de commerce ne sont pas remplies, la nomination d'un expert peut être **fondée sur les dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile.**

- **L'expertise de gestion prévue par le Code de Commerce :**

La **loi de 1966** prévoyait à l'origine une expertise de minorité et exclusivement dans les SA dans lesquelles un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 10% du capital social pouvaient demander en justice la désignation d'un expert pour enquêter sur une ou plusieurs opérations de gestion. La **loi de 1984** a étendue cette procédure d'expertise aux SARL, a autorisé le ministère public à solliciter une telle mesure et a permis aux comités d'entreprises de solliciter une telle expertise. La même possibilité a été reconnue par une loi de 1994 aux associations d'actionnaires ou associés. Enfin, **la loi de 2001** a modifié le régime applicable dans les sociétés par action. La procédure peut maintenant être engagée à l'initiative d'un ou plusieurs actionnaires représentant seulement 5% du capital social. En outre, la loi organise désormais un mécanisme en deux temps car la demande d'expertise judiciaire doit, lorsqu'elle émane d'actionnaires, être précédée d'une procédure interne d'information auprès des dirigeants. Ainsi l'expertise de gestion obéit aujourd'hui à des règles différentes dans les SA et SARL. S'agissant de **la procédure à suivre** il faut distinguer deux situations :

- Lorsque l'initiative est prise dans les SARL ou société par action par le ministère public, le CE ou par l'ANF, le demandeur peut s'adresser directement au juge.
- Lorsque dans une SA ou société par action, l'initiative est prise par un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5% du capital social, ces derniers sont tenus de poser une question écrite au président qui dispose d'un mois pour fournir une réponse. C'est seulement à défaut de réponse ou de réponse satisfaisant qu'ils pourront saisir le juge d'une demande d'expertise de gestion.

L'expertise de gestion suscite un abondant contentieux car il s'agit de la mesure de protection des associés minoritaire qui est le plus souvent requise en pratique. **La jurisprudence a dû préciser les conditions de mise en œuvre**. La demande de désignation d'un expert doit être présentée au président du tribunal de commerce statuant en la forme des référés. Cette demande doit être étayée de présomption d'irrégularité affectant une ou plusieurs opérations de gestion mais la demande ne peut pas tendre à remettre en cause l'ensemble de la gestion de la société. Il faut donc que le demandeur indique précisément les actes de gestion qui lui paraissent irréguliers ou contraires à l'intérêt social. L'expertise peut être **demandée à la seule fin d'obtenir des renseignements**. La cour de cassation a jugé que l'expertise de gestion n'a pas un caractère subsidiaire. Elle a toutefois précisé que la demande doit être formée par des associés de la société concernée.

La notion **d'opération de gestion a aussi fait difficulté** et la jurisprudence du prendre une position sur le contenu de la notion. La cour de cassation a limité le domaine de l'expertise de gestion en retenant une **conception stricte de cette notion**. En premier lieu, elle exclut l'appréciation de la régularité des comptes sociaux. En effet cette appréciation est réservée aux seuls commissaires aux comptes. En outre, la notion vise uniquement les décisions prises par les organes de gestion. Lorsque le tribunal fait droit à la demande d'expertise, il détermine l'étendue de la mission et les pouvoirs des experts. Concernant **le déroulement de l'expertise**, la cour a assigné des limites au principe de la contradiction en jugeant que si les opérations doivent en principe avoir un caractère contradictoire, mais l'expert peut néanmoins procéder seul à certaines constatations dans la comptabilité et les

documents remis par la société. La cour veut ainsi éviter que le caractère contradictoire de l'expertise de gestion **permette au minoritaire ou au CE d'obtenir un droit d'information dépassant ce que le Code de commerce prévoit.**

Lorsque les conditions prévues par le code de commerce, un associé ou actionnaire peut aussi se **retourner vers le droit commun** et plus précisément vers l'article 145 du nouveau code de procédure civile.

- **L'expertise in futurum de l'article 145 du Code de procédure civile :**

L'article 145 dispose « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé sur requête ou en référé ». Il ressort de l'article que **les conditions de l'expertise in futurum semblent plus souples** que celles de l'expertise de gestion. Cette expertise in futurum peut s'appliquer à toutes les sociétés. De plus, elle peut être demandée par un associé ou actionnaire ne possédant pas 5% du capital social. L'article 145 permet ainsi d'obtenir la désignation d'un expert dans des cas où elle ne pourrait être fondée sur les dispositions du Code de commerce. Pour la cour de cassation des dispositions de l'article peuvent être invoquées pour faire apprécier tout ou partie de la gestion d'une société par un expert.

La jurisprudence veille toutefois à ce que la demande de l'article 145 ne soit pas « une chasse au trésor » et donc elle a décidé que les mesures d'instruction ne peuvent être ordonnées en référé qu'à **la condition que le demandeur justifie d'un intérêt légitime**. Les frais de l'expertise *in futurum* restent à la charge du demandeur.

2.b. La nomination d'un administrateur provisoire :

En l'absence de texte les tribunaux estiment qu'ils peuvent **nommer un administrateur provisoire à la tête d'une société dans des circonstances exceptionnelles**. Il existe deux cas prétoriens de nominations d'un administrateur judiciaire provisoire :

- La jurisprudence a d'abord retenue cette solution en **cas d'absence ou de défaillance des organes de gestion**. La simple opposition d'actionnaires minoritaires à des décisions des administrateurs ne justifient pas une telle mesure.
- La nomination d'un administrateur provisoire est possible lorsque **la société traverse une crise sociale grave de nature financière**, même si son existence n'est pas en jeu.
- Plus exceptionnellement le juge peut procéder à la nomination d'un administrateur provisoire s'il constate que la politique suivie par le dirigeant est manifestement contraire à l'intérêt social.

L'administrateur provisoire **va se substituer au dirigeant en place mais sa mission est limitée** puisqu'il ne peut accomplir que des actes conservatoires ou d'administration courante. Si l'intérêt de la personne morale le requiert, le juge peut aussi ordonner la nomination d'un contrôleur de gestion par exemple.

III. Les mutations de la société :

Il convient de distinguer la **simple modification des statuts** qui n'opère pas de mutation de la société à proprement parlé et **la transformation de la société** qui est une véritable mutation. En cours de vie sociale les associés peuvent **décider de modifier les statuts sans transformer la société** en une société d'un autre type. Ces modifications statutaires peuvent être diverses. En outre, les associés peuvent décider de transformer la société. La transformation est **le changement de la forme juridique de la société**.

Le problème posé par la modification ou la transformation de la société est de savoir **si l'opération exerce une influence sur la personne morale de la société**. **En d'autres termes, la modification des statuts ou la transformation de la société entraîne-t-elle la création d'un être moral nouveau ?**

A. Les modalités de la transformation :

1. Les conditions générales de fond :

Le changement de forme de la société s'analyse en **une modification radicale des statuts**. La transformation **peut être volontaire ou forcée** :

- **La transformation volontaire** : en tant que modification statutaire, la transformation repose toujours sur **une décision des associés**. Cette dernière n'est pas nécessairement libre. Lorsqu'elle est volontaire la transformation peut **reposer en pratique sur diverses causes** (adaptation de la société ou contexte économique nouveau).
- **La transformation forcée** : dans certains cas la transformation n'est pas le fruit de la volonté des associés mais **c'est la loi qui leur impose** pour que la société survive. A défaut de transformation, la société ne remplirait plus les exigences légales et **il y aurait dissolution**. La transformation d'une SA en société en nom collectif **nécessitera l'unanimité de tous les associés**.

La transformation peut être **la condition d'une autre opération**. La liberté contractuelle permet aux parties à un acte juridique **d'ériger en condition suspensive la transformation d'une société**.

Il y a des **hypothèses où la transformation est impossible**. Ainsi par exemple, **l'article L225-243 du Code de commerce interdit à une société anonyme de se transformer** en une société d'une autre forme tant qu'elle n'a pas au moins deux ans d'existence.

La transformation se présentant souvent comme une modification de statut, il convient d'évoquer **les règles prévues par la loi pour leur modification**. Autrement dit, la transformation est **en principe soumise aux mêmes exigences de fond que les autres modifications statutaires**. Ces exigences varient selon la forme de société que l'on envisage de transformer. Cependant, si dans certains cas la transformation est **exceptionnellement facilitée** par rapport au droit commun, d'en d'autres cas au contraire elle est **soumise à des exigences plus sévères** dans le but de sauvegarder le droit des associés. L'unanimité est également requise de façon générale par l'article L227-3 du code du commerce pour la décision de transformation d'une société en société par action simplifiée. La régularité de la transformation suppose que la société, sous sa forme ancienne, **remplisse toutes les conditions exigées de la forme nouvelle**. Par ailleurs, il est **impossible de transformer une société qui**

est nulle, ou de donner un effet rétroactif à une transformation. Enfin, l'information et la consultation préalable du CE paraissent s'imposer.

Concernant **la sanction de la transformation irrégulière** et bien parfois la loi précise clairement que le non respect des conditions entrainera la nullité de la transformation. Dans ce cas tout se passe comme si la situation initiale de la société n'avait pas été transformée. Dans le cas où la loi ne prévoit pas la nullité de la transformation irrégulière, et bien il semblerait logique de considérer que cette irrégularité ne peut avoir d'influence sur le maintien de la personnalité morale ancienne. Une transformation régulière de la forme peut néanmoins être annulée pour abus de majorité. Enfin, l'annulation d'une transformation paraît concevable d'après l'article L235-1 du code de commerce, si la preuve est apportée que cette opération a été réalisée pour frauder les droits légitimes des tiers (créanciers ou salariés).

En cas d'annulation de la transformation, **les conséquences de cet acte doivent elles mêmes être supprimées**, sauf à l'égard des tiers de bonne foi auxquels la nullité reste inopposable. En cas d'annulation de la transformation d'une SA en société en nom collectif, le conseil d'administration ancien retrouve de plein droit ses fonctions en lieu et place du gérant nommé à la tête de la société en nom collectif.

2. Les conditions générales de forme :

L'assemblée générale extraordinaire décide **de la transformation aux conditions de majorité requise** pour adopter des statuts destinés à régir la société sous sa nouvelle forme. Si les nouveaux statuts n'avaient pas été préparés ou si l'assemblée n'accepte pas les statuts qu'on lui soumet, elle peut se contenter de voter le principe de la transformation et de charger un mandataire de la rédaction des statuts. L'acte qui constate la délibération des associés peut être un **acte authentique ou sous sein privé**. Des règles de publicité propres aux modifications statutaires doivent être respectées.

B. Les effets juridiques de la transformation :

1. La permanence de la personne morale :

Les effets de la transformation sont dominés par **le principe du maintien de la personnalité morale**. Affirmé par l'article 1844-3 du Code Civil qui a généralisé la solution retenue par la loi de 1966, l'article 1844-3 dispose en effet « **la transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle** ». Cependant, ce maintien de la personnalité morale est subordonné à deux conditions, à savoir **la transformation doit avoir été régulière** et elle doit **demeurer dans le cadre des sociétés**. En d'autres termes, la transformation d'une société en un autre type de groupement, parce qu'elle réalise non pas un simple changement de forme de la personne morale mais bien un véritable changement de la nature juridique du contrat qui la fonde, **entraîne la dissolution du premier groupement et la création d'un être moral nouveau** avec les conséquences juridiques et fiscales qui en découlent. Il en aurait été autrement si le législateur avait expressément décidé le contraire, ce qu'il a parfois fait pour des raisons d'opportunité.

Lors de la création des GIE, le législateur a permis aux sociétés dont l'objet correspondait à la définition de cette nouvelle structure la possibilité de se transformer en GIE sans création d'un être moral nouveau. D'autres textes ont offerts la même possibilité, telle que la loi de 1969.

Mais si l'on demeure dans le domaine des sociétés, **le maintien de la personnalité morale s'impose** que l'on passe d'une société commerciale à une autre société commerciale d'une autre forme ou que l'on passe d'une société civile à une société commerciale.

2. Les effets de la transformation sur la société :

Transformée, mais conservant sa personnalité initiale, **la société garde logiquement des droits qu'elle avait pu acquérir sous sa forme ancienne**. Les comptes sociaux n'ont pas à être arrêtés si l'opération de transformation survient en cours d'exercice. **Les comptes annuels sont approuvés et les bénéfices répartis** conformément à la règle applicable à la société sous sa forme nouvelle.

En principe, en cas de transformation en cours d'exercice, **deux rapports de gestion distincts doivent être établis** par les anciens et nouveaux organes d'administration. Toutefois, anciens et nouveaux dirigeants peuvent se mettre d'accord pour que **ne soit établi qu'un seul rapport** couvrant la totalité de l'exercice. Le registre des délibérations de l'assemblée peut être conservé.

La continuation de lettres morales implique que si la constitution de la société sous sa forme initiale était **entachée d'un vice pouvant entraîner sa nullité** et que ce vice subsiste, et bien **la société sous sa forme nouvelle pourrait être annulée**.

La continuité de la personne morale implique qu'en cas de la transformation d'une SA en société en nom collectif, cette dernière doit **être tenue pour responsable d'une faute commise par la SA**. Sur le terrain procédural, la continuité de la personnalité morale explique que la société, sous sa forme nouvelle, **ait qualité pour agir dans les litiges nés de l'exécution ou de la réalisation des contrats** qu'elle a passé avant sa transformation. La cour de Cassation a estimé que la transformation irrégulière **ne saurait priver la société de son droit d'agir en justice**. La Cour a également admis qu'une société anonyme titulaire d'une créance a pu valablement déposer une requête par laquelle elle demandait l'autorisation de pratiquer une saisie conservatoire au préjudice de ses débiteurs alors qu'elle avait déjà été transformée en SARL. De même encore, si une société change de forme en cours d'instance, et bien **elle peut être condamnée** alors même qu'aucune demande de condamnation n'a été formulée par son adversaire contre la société prise dans sa nouvelle forme.

Cette continuité de la personne morale **ne doit pas occulter le changement de banque sociale**.

3. Les effets de la transformation sur les dirigeants :

« Si la transformation n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle il demeure que **doivent être successivement appliquée les dispositions légales particulières à l'administration de chaque type de société et que les pouvoirs du président du conseil d'administration ne peuvent se perpétuer après la transformation de cette dernière en société en nom collectif** ». Le principe est que du fait de la mise en place de la forme nouvelle, **les organes de gestion, d'administration et de surveillance initiaux laissent la place** à ceux prévus par le régime de la nouvelle structure. Les membres des organes sociaux qui perdent ainsi leurs pouvoirs **ne peuvent prétendre que la décision de transformation équivaut à révocation déguisée**, à moins que ces dirigeants ne réussissent à établir que l'opération de transformation a eu pour seul objet de porter atteinte à leurs droits.

Ces différents éléments sont **biens exprimés dans un arrêt de la Cour de Cassation de 1997**. En l'occurrence, le président du directoire ayant perdu son mandat à la suite de la modification de la SA

avec directoire en SA avec conseil d'administration, il demandait des dommages et intérêts en invoquant la volonté de la société de l'évincer. Les juges du fond ont écarté cette demande au motif qu'en cas de substitution du conseil d'administration au directoire, le président du directoire ne peut prétendre que la suppression de son poste résultant de ce changement constitue une révocation sans juste motif.

4. Les effets de la transformation sur les commissaires aux comptes :

Selon certaines auteurs, la transformation de la société **ne met pas fin aux fonctions des commissaires aux comptes** si les dispositions de la loi applicable à la nouvelle forme sociale imposent la désignation d'un commissaire au compte. En revanche, les fonctions de ce dernier prennent fin si le contrôle des comptes n'est pas imposé dans la société issue de la transformation.

5. Les effets de la transformation sur les associés :

De manière positive, **des nouveaux droits sociaux sont créés dès la date de transformation** et prennent dans le patrimoine des associés par une subrogation réelle l'exacte place des droits sociaux anciens. De manière passive, **la situation des associés peut empirer**. En effet, ils ne sauraient puiser dans la transformation un moyen de limiter leurs engagements aux dettes sociales d'ores et déjà existantes. Le créancier d'une société civile conserve le droit, après que la société se soit transformée en SARL, de poursuivre les associés ou la société. La jurisprudence considère que les créanciers bénéficient immédiatement les garanties résultant de la forme nouvelle.

6. Les effets des créations sociales et le sort du cautionnement :

La situation des créanciers sociaux **n'est pas altérée par la transformation**. En effet, elle ne met pas fin aux engagements que des tiers avaient pu souscrire envers les créanciers sociaux. Pour la Cour de Cassation, la transformation **est sans influence sur le cautionnement donné** pour le compte de cette société. L'obligation de caution subsiste sauf convention contraire.

7. Les effets sur les salariés :

Le Code du Travail dispose que **tous les contrats de travail en cours sont maintenus**. Le salarié n'a pas à accomplir de formalités particulières pour conserver ses droits.

IV. La disparition de la société :

La disparition d'une société **résulte de sa dissolution**.

A. Les causes de la dissolution :

L'article 1844-7 du Code Civil énumère **8 causes de dissolution** communes à l'ensemble des sociétés auxquelles il convient d'ajouter **une cause issue du nouveau Code pénale**. Parmi les différentes causes de dissolutions, on peut distinguer les causes normales et des causes accidentelles.

1. Les causes normales :

On peut ranger sous cette expression **les causes de dissolution prévues par les statuts**. Ainsi la société peut prendre fin par l'expiration du temps pour lequel elle a été constituée, sauf prorogation.

Mais, le terme qui est fixé dans les statuts peut être prorogé plusieurs fois sans que chaque prorogation excède 99 ans. En second lieu, la société prend fin par la réalisation ou l'extinction de son objet. Cette hypothèse doit être distinguée de la mise en sommeil de la société. Enfin, la société peut prendre fin pour toute autre cause prévue par les statuts.

2. Les causes accidentelles :

On peut ranger dans cette catégorie **les causes de dissolution tenant à des événements qui surviennent au cours de la vie sociale**. En premier lieu, la dissolution peut résulter d'une décision des associés statuant dans les conditions requises pour la modification des statuts de mettre fin à la société avant le terme qui avait été prévu par les statuts. En deuxième lieu, la dissolution peut résulter de l'annulation du contrat de société. En troisième lieu, la dissolution peut résulter d'un jugement ordonnant la liquidation judiciaire. En quatrième lieu, la dissolution peut être prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour juste motif, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société. La dissolution pour mésentente entre associés ne sera prononcée qu'en présence d'une véritable paralysie de la société et de l'absence d'une autre solution. En cinquième lieu, la dissolution peut être prononcée par le tribunal à la suite de la réunion de toutes les parts sociales en une seule main. Néanmoins la dissolution n'est pas immédiate car l'associé unique dispose d'un an pour réguler la situation et trouver un autre associé. Au-delà de ce délai, tout intéressé peut demander le prononcé de la dissolution par le tribunal, mais dans ce cas ce dernier pourra encore accorder un délai supplémentaire de 6 mois. Un problème se pose lorsque l'associé unique est une personne morale car dans ce cas il y aura dissolution de la société mais celle-ci n'entraînera pas liquidation de la société. Il y aura transmission universelle du patrimoine social à l'associé unique. Enfin, la dissolution de la société peut être prononcée à titre de sanction, depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal (elle doit faire l'objet d'une publicité et portée à la connaissance des tiers).

B. Les conséquences de la dissolution :

En principe, la dissolution d'une société entraîne **la liquidation et le partage des biens de la société**. De manière exceptionnelle il peut y avoir dissolution sans liquidation en cas de fusion ou scission de la société entraînant transmission universelle du patrimoine de la société à la ou aux sociétés bénéficiaires.

1. La liquidation et le partage :

Les opérations de liquidation et de partage sont règlementées par la loi. La **liquidation concerne les relations avec les tiers** et elle procède au partage de m'éventuel actif entre les associés.

1.a. La liquidation :

Elle consiste à **terminer les affaires dans lesquelles la société était engagée à réunir tous les éléments de l'actif, à payer ses dettes**. La Cour de Cassation a rappelé que les associés ne peuvent éluder la phase de liquidation en attribuant directement à chaque associé une part d'actif et de passif proportionnellement à sa part dans le capital social. Le caractère obligatoire vise à permettre le paiement des créances. L'article 1844-8 du Code Civil a consacré une solution jurisprudentielle ancienne selon laquelle la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la

liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci. Ainsi la personnalité morale ne disparaît pas immédiatement. Jusqu'à la publication de la clôture de la liquidation la société conservera son siège social, un patrimoine, et elle pourra continuer une certaine activité.

Des opérations de liquidation sont effectuées par un liquidateur nommé conformément aux dispositions des statuts ou par décision des associés ou par le juge. La mission du liquidateur est limitée à 3 ans, mais elle peut être prolongée. Cette nomination doit également faire l'objet de mesures de publicité pour être opposable aux tiers. Le liquidateur a pour mission de **dresser un inventaire de l'actif et du passif de la société**, puis **de réaliser l'actif**. Au terme de sa mission il convoquera une dernière assemblée pour statuer sur les comptes de la liquidation.

Au terme de la liquidation, les associés peuvent procéder au partage de l'actif net éventuel de la société.

1.b. Le partage :

L'article 1844-9 du Code Civil énonce que le partage de l'actif net entre les associés est **soumis aux règles concernant le partage des successions**. Le partage doit être amiable ou judiciaire. Chaque associé peut réclamer sa part en nature dans les biens sociaux. L'attribution préférentielle est possible. Les associés se doivent réciproquement garanties et le partage est dit déclaratif (ne fait que proclamer des droits préexistants).

Il résulte de l'article du Code Civil qu'en l'absence de décision contraire des associés, tout bien qui se retrouve en nature dans la masse à partager **est attribué dans sa demande à l'associé qui en avait fait l'apport**. Au cas où l'actif est suffisant, le liquidateur remboursera d'abord aux associés la valeur de leurs apports, puis en cas d'excédant d'actif, celui-ci sera réparti entre les associés conformément aux statuts ou dans la même proportion que la participation des associés au capital.

Au terme de la liquidation et du partage **s'effectuera la radiation de la société**.

2. La transmission universelle du patrimoine en cas de fusion ou de scission :

La dissolution d'une société peut s'inscrire dans **une opération de restructuration** répondant à un impératif économique. Deux des procédés de restructuration des sociétés les plus utilisés sont la fusion et la scission.

La fusion est l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transmettent l'ensemble de leur patrimoine actif et passif à une autre société déjà existante qui l'absorbe ou à une nouvelle société qu'elle constitue. Les associés de la société qui a fusionné reçoivent des parts sociales ou actions de la société absorbante ou nouvelle.

La scission est l'opération par laquelle la société partage son patrimoine et l'apporte à plusieurs sociétés qui absorbent ces fractions du patrimoine (fusion-scission) ou à plusieurs sociétés qui se constituent (fusion-simple). Les associés de la société qui se scinde reçoivent également des parts sociales des sociétés absorbantes ou des sociétés nouvelles.

Les opérations de fusion et de scission sont complexes, bien qu'elles soient possibles pour toutes les sociétés. Le problème le plus délicat est **le rapport d'échanges des droits sociaux** qui doit être

indiqué dans le projet de contrat de fusion entre les sociétés absorbantes et absorbées. Ce projet de fusion doit être déposé au greffe du tribunal de commerce. Ce rapport d'échange suppose l'évaluation préalable des sociétés en présence, selon des méthodes qui combinent la valeur mathématiquement, liquidative, de rendement, voire boursière. La détermination du rapport d'échange donne souvent lieu à des contestations de la part des associés de la société absorbée. L'AMF publie d'ailleurs tous les ans des recommandations en ce qui concerne l'évaluation des titres des sociétés cotées. Le rapport d'échange permet de déterminer le nombre des titres que devra émettre la société bénéficiaire de l'opération. Si la valeur réelle des titres de la société absorbante est supérieure au montant nominal, la différence entre la valeur des biens apportés et le montant de l'augmentation de capital effectué par la société absorbante sera porté à un compte dit prime de fusion.

S'agissant des conséquences des fusions et scissions, le **principe fondamental en la matière est énoncé par l'article L236-1 du Code de Commerce** En vertu de cette transmission universelle de patrimoine, la société absorbante recueil tous les biens et toutes les créances de la société absorbée sans qu'il soit nécessaire de remplir les formalités prescrites par le Code Civil. Le principe entraîne automatiquement la transmission des contrats conclus par la société absorbée. Cette solution est importante en matière de bail commercial. La seule exception au principe de la transmission de tous les contrats concerne les contrats conclus intuitu personae. Si la société bénéficiaire recueille en principe l'ensemble des biens de la société absorbée ou scindée, elle est aussi tenue des dettes de celle-ci. Selon une jurisprudence constante, le Code de commerce est interprété en faveur des créanciers comme obligeant la société bénéficiaire à payer toutes les dettes de la société absorbée ou scindée et mêmes celles qui n'avaient pas encore d'existence définitive au jour de la réalisation de l'opération. En revanche, le principe de la transmission universelle du patrimoine **ne peut s'appliquer pour les infractions pénales ou administratives** commises par la société absorbée ou scindée.

TITRE II : DROIT SPECIAL DES SOCIETES

Le droit français connaît de nombreux types de sociétés et les juristes se sont efforcés de procéder à des classifications. La division majeure est celle qui oppose **les sociétés civile aux sociétés commerciales**. Selon l'article 1845 du Code Civil « **ont le caractère civil toutes les sociétés auxquelles la loi n'attribue pas un autre caractère à raison de leur nature, de leur forme ou de leur objet** ». Il ressort de cet article **qu'en principe une société a un caractère civil**, mais **les exceptions au principe** réduisent la portée de celui-ci car toute société commerciale par sa forme revêt un caractère commercial quelque soit son objet et une société civile, à raison de sa forme, a un caractère commercial si elle a pour objet d'accomplir des actes de commerce par nature.

Il existe **différentes catégories de sociétés civiles** (immobilières). Ces dernières sont caractérisées par la responsabilité indéfinie et conjointe des associés sur leurs biens personnels pour les dettes de la société. Du point de vue de **la responsabilité des associés**, les auteurs distinguent les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés à responsabilité illimitée. On oppose aussi les sociétés immatriculées (dotée de la personnalité morale) aux sociétés non immatriculées (dépourvue de la personnalité morale). Mais **certains groupements s'incarnent difficilement dans ces grandes catégories** (les sociétés coopératives ou d'exercice libéral).

- **Les sociétés coopératives** : elles tendent à faire directement des opérations avec leurs membres sans intermédiaires et elles sont régies par une loi de 1947. Les sociétés coopératives sont souvent constituées sous forme de société à capital variable. La clause de variabilité du capital permet d'augmenter ou de diminuer le capital à tout instant par l'adhésion de nouveaux membres ou inversement. En principe ces sociétés sont civiles dans la mesure où elles n'exercent pas leur activité à but lucratif mais elles peuvent être commerciales si elles ont adoptée la forme d'une société commerciale. Seule les entreprises coopératives agricoles ne sont ni civiles ni commerciales.
- **Les sociétés d'exercice libérales (SEM)** : elles ont été créées par une loi de 1990. Ce sont des sociétés commerciales par la forme constituées pour l'exercice d'une profession libérale. Ces sociétés ont deux particularités car chaque associé répond de ses actes professionnels sur l'ensemble de son patrimoine (société à risque illimité) et la société est solidairement responsable avec lui. En outre, les juridictions civiles sont seules compétentes pour connaître des actions en justice mettant en cause ces sociétés.
- **Le groupement d'intérêt économique (GIE)** : c'est une structure intermédiaire entre la société et l'association qui a été créée en 1967. C'est une structure destinée à accueillir la coopération entre deux ou plusieurs personnes physiques ou morales qui veulent développer leur activité économique. Le GIE ne peut avoir des activités distinctes de ses membres. La souplesse qui caractérise son fonctionnement lui a valu un succès dans la pratique auprès des grandes entreprises. Le GIE est doté de la personnalité morale et il revêt un caractère civil ou commercial selon son objet. Il est administré par une ou plusieurs personnes physiques ou morales. Chaque membre peut participer aux avantages du groupement. Enfin, les membres sont tenus indéfiniment et solidairement des dettes du groupement sur ses biens personnels.

Nous n'étudierons cependant que **les sociétés commerciales par la forme** (la société en nom collectif, en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et unipersonnelles et les sociétés par action). Avant 1925 le droit français ne connaissait que **deux catégories de sociétés commerciales par la forme**, à savoir les sociétés de personnes et les sociétés par action. La loi du 7 mars 1925 a introduit une nouvelle société allemande dans le droit français, la SARL (société à responsabilité limitée). En effet, après 1918 cette forme de société avait été conservée dans les départements annexés. La SARL **va perturber l'opposition classique entre les sociétés de personnes et les sociétés par actions** car la SARL est une société hybride qui emprunte certaines de ses traits aux sociétés de personnes et aux sociétés de capitaux.

En marge des sociétés commerciales par la forme il convient de présenter **les sociétés sans personnalité morale qui peuvent être commerciales par la forme**.

PARTIE I : Les sociétés sans personnalités morales

Les sociétés commerciales par la forme sont **toutes dotées de la personnalité morale**. D'autres sociétés dépourvues de la personnalité morale **peuvent avoir un caractère commercial en raison de leur objet**, tel est le cas de la société en participation et de la société créée de fait.

Chapitre 1 : La société en participation

I. Présentation de la société en participation :

Depuis la loi de 1978, la société en participation est régie par les articles 1871 à 1872-2 du Code Civil dans la mesure où **cette société sans personnalité morale peut être civile ou commerciale selon son activité**. Il apparaît que la société en participation est caractérisée par l'absence de personnalité morale et par **la simplicité et la souplesse de son fonctionnement**. Ces particularités la rendent précieuse pour mener à bien des opérations ponctuelles (utilisée par les établissements de crédit). C'est un instrument de coopération pour d'autres opérations (coopération d'un film).

Outre sa souplesse, la société en participation présente **l'intérêt de pouvoir rester secrète vis-à-vis des tiers**. En effet, elle n'est **soumise à aucune publicité** et **les associés ne sont pas tenus de révéler la société aux tiers**, sauf à l'administration fiscale. Ils peuvent **laisser le gérant agir en son nom personnel à l'égard des tiers**.

Cette société présente **des inconvénients découlant de l'absence de personnalité morale et de patrimoine propre**. Lorsque la société est occulte, **le patrimoine du gérant peut être insuffisant pour donner confiance aux tiers**. En revanche, lorsque la société est révélée aux tiers, les associés de la société **sont responsables indéfiniment sur leurs biens personnels des opérations accomplies par le gérant** avec ou sans solidarité selon que la société a un caractère commercial ou civil. En pratique il

est parfois **difficile de distinguer la société de participation de situations voisines** telles que le contrat de travail. La distinction entre cette société et l'indivision est une question classique mais délicate car il existe des points communs car certains biens mis à disposition de la société en participation par les associés sont réputés indivises et donc soumis aux règles de l'indivision. Pour la cour le critère de distinction entre les deux est la commune intention des parties et il faut retenir la qualification de société en participation lorsque celles-ci ont voulu affecter un bien à une exploitation commune. Enfin, **l'objet de la société en participation détermine son caractère civil ou commercial** car ce n'est une société commerciale que si elle accomplit des actes de commerce de façon habituelle (la commercialité ne peut être déduite de la clause statutaire d'arbitrage).

II. La constitution de la société en participation :

Les règles applicables à la constitution de la société **n'appellent guère de précision par rapport à celles du droit commun** des sociétés. Ainsi la société doit comporter plusieurs associés qui doivent apporter un apport et participer aux résultats de l'exploitation.

Il faut souligner deux particularités, à savoir que la rédaction d'un écrit n'est pas exigé car la société en participation peut être prouvée par tout moyen. Cette société doit néanmoins être déclarée à l'administration fiscale. En outre, en raison de l'absence de personnalité morale de la société en participation, elle n'a pas la propriété des apports effectués par les associés. Il est donc fréquent que la société bénéficie d'apports en industrie des associés. Les associés peuvent mettre des biens en indivision.

III. Le fonctionnement de la société en participation :

A. Les rapports entre les associés :

L'article 1871-1 du Code Civil prévoit que dans le silence des statuts les rapports entre les associés sont régis soit par les dispositions applicables aux sociétés civiles si la société est civile, soit par les dispositions applicables aux sociétés en nom collectif si la société revêt un caractère commercial (**si question à l'examen développer les sociétés en nom collectif**).

B. Les rapports entre les associés et les tiers :

Dans les relations avec les tiers, **la situation des associés diffère selon que la société est occulte ou révélée aux tiers**. L'article 1872-1 du Code Civil pose le principe selon lequel chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers. Cette règle s'applique lorsque la société est occulte. Depuis la loi de 1978 la société en participation peut être révélée, ostentatoire, et dans ce cas les associés ont l'obligation de déclarer la société à l'administration fiscale et d'après l'article si les participants agissent en qualité d'associés aux vues et sues des tiers, chacun d'eux est tenu des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres avec solidarité si la société est commerciale et sans solidarité dans les autres cas. L'action d'un tiers contre un participant est aussi possible lorsque celui-ci, par son immixtion, a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard.

IV. La dissolution de la société en participation :

Il résulte de l'article 1871-1 du Code Civil qu'en l'absence de dispositions particulières des statuts, les causes de dissolution de la société en participation sont les mêmes que celles d'une société civile si la société est civile et les mêmes que celles d'une société en nom collectif si la société est commerciale.

L'article 1872 **pose cependant une règle particulière** selon laquelle lorsque la société en participation est à durée indéterminée, et bien sa dissolution peut résulter d'une notification adressée par l'un d'eux à tous les associés pourvue qu'elle soit faite de bonne foi.

Après la dissolution les associés doivent procéder à un règlement des comptes puis voir règles du droit commun.

Chapitre 2 : La société créée de fait

Cette société est un groupement de personnes qui a présenté tous les caractères d'une société sans que ces personnes aient eu l'intention ou la conscience de constituer une société. La société créée de fait ne doit pas être confondue avec la société de fait qui est voulue par les associés mais dont la constitution a été entachée d'une irrégularité ayant entraînée son annulation.

I. La reconnaissance de la société créée de fait :

La reconnaissance d'une société créée de fait **revient à constater une situation de fait**, à savoir l'existence d'un groupement qui répond aux critères de la société posés par l'article 1832 du Code Civil. La jurisprudence a recours à la société créée de fait pour régler les conséquences de la rupture de relations professionnelles ou pour la dissolution d'un concubinage. Dans **les rapports entre associés**, la reconnaissance de l'existence d'une société créée de fait suppose que l'associé demandeur rapporte la preuve de la réunion des éléments constitutifs de toute société. Mais la jurisprudence **utilise également cette théorie pour protéger les créanciers** qui ont pu légitimement croire qu'ils contractaient avec une société en application de la théorie de l'apparence ou dans l'hypothèse où les associés d'une société en formation ne se sont pas contentés d'accomplir les actes nécessaires à la constitution de la société mais ont commencé à développer une véritable activité. Dans ce cas **tous les associés apparents répondent de la dette contractée par l'un d'eux.**

II. Le régime de la société créée de fait :

Depuis la loi de 1978, l'article 1873 du Code Civil dispose que **« les sociétés créées de fait sont soumises aux dispositions concernant les sociétés en participation »**. Dans les relations entre associés, après liquidation, chaque associé reprend ses apports, participe aux bénéfices ou supporte les pertes. S'agissant **de l'obligation aux dettes des associés**, elle est conjointe si la société a un objet civil et solidaire si elle a un objet commercial.

PARTIE II : Les sociétés de personnes

Ces sociétés sont anciennes car elles existaient au moyen âge sous deux formes actuelles à savoir la **société en nom collectif** (regroupe les commerçants faisant du commerce et s'exposant à des risques illimités) et la **société en commandite** qui dès l'origine fut une société regroupant un commerçant courant des risques illimités et un bailleur de fond qui limitait son risque de perte au montant de ses apports. La société en nom collectif fut longtemps la plus usuelle mais aujourd'hui ce n'est plus le cas car les personnes qui souhaitent constituer une société redoutent la responsabilité solidaire et indéfinie des associés sur leurs biens personnels qui est la caractéristique de la société en nom collectif. Les sociétés les plus nombreuses sont celles à risque limités (SARL).

L'expression « société de personne » met en évidence le trait commun de la société en nom collectif et de la société en commandite simple, à savoir **l'intuitu personae**. Ces sociétés sont dominées par la considération de la personne des associés. L'intuitu personae **commande deux grandes règles** :

- Les titres d'associés (part sociales) sont intransmissibles de sorte qu'aucun associé ne peut céder ses droits sociaux sans le consentement unanime des autres associés.
- La société est en principe dissoute lorsqu'un associé est frappé d'une mesure d'interdiction d'exercer une profession commerciale ou lorsqu'il fait l'objet d'une liquidation judiciaire ou mesure d'incapacité.

La principale différence entre les deux types de sociétés est que si les associés d'une société en nom collectif sont responsables indéfiniment et solidairement des dettes de la société sur leurs biens personnels, il n'en va pas de même dans les sociétés en commandites simples car on distingue les commandités (responsables indéfiniment et solidairement) et les associés commanditaires (responsables qu'en fonction de leur apport). Des différences découlent de cela car tout associé en nom collectif est considéré comme un commerçant de sorte qu'il doit avoir la capacité commerciale. En revanche dans la société en commandite simple seuls les commandités ont la capacité de commerçants.

Chapitre 1 : La société en nom collectif

I. Les attraits de la société en nom collectif :

A. Les intérêts du point de vue juridique :

Au premier abord cette société est peu attrayante en raison de la responsabilité solidaire et indéfinie des associés. Cependant cet inconvénient a pour contre partie **l'opacité comptable et une grande souplesse de fonctionnement**. La société en nom collectif est utilisée souvent au sein des groupes de sociétés ou elle apparaît comme un instrument de filialisation d'une activité nouvelle.

B. Les intérêts du point de vue fiscal :

Le régime fiscal de la société en nom collectif peut être avantageux car **ces sociétés sont fiscalement transparentes**, c'est-à-dire qu'il est fait abstraction de la personnalité morale de la société. Les associés sont individuellement imposés à l'impôt sur le revenu ou sur les sociétés. Cette transparence fiscale explique que la société en nom collectif soit utilisée dans le cadre de montages reposants sur une remontée des pertes de la société en nom collectif qui viendront minorer les bénéfices imposables des différents associés.

On pourrait alors se demander si la majeure partie des sociétés en nom collectif créées de nos jours ne le serait pas pour des raisons fiscales. Ainsi le législateur a interdit l'imputation des bénéfices industriels et commerciaux sur le revenu global lorsque l'associé n'exerce pas sa profession dans la société et par conséquent les sociétés créées exclusivement dans un but fiscal perdent de leur attrait.

Par exception au principe selon lequel la société en nom collectif est fiscalement transparente, **les associés peuvent opter pour le régime fiscal des sociétés de capitaux** (soumission à l'IS de la société).

II. La constitution de la société en nom collectif :

La constitution est simple et cette simplicité est le corolaire de l'obligation solidaire et indéfinie des associés. Outre **les conditions de droit commun**, la **constitution obéit à des règles propres**.

A. Les associés :

La principale particularité tient à **la qualité de commerçant** des associés en nom collectif qui entraîne deux conséquences : les associés doivent impérativement jouir de la capacité de commercer (sinon nullité relative) et s'il y a des associés étrangers, ils peuvent bénéficier de la capacité commerciale s'ils bénéficient d'une autorisation préfectorale.

B. L'objet social :

Si en principe une société en nom collectif peut avoir n'importe quel objet social, **il existe des restrictions**. Par ailleurs la rédaction de l'objet social d'une société en nom collectif **présente une importance particulière**. Ainsi la société peut exercer toute activité en principe, mais il y a des exceptions à savoir les assurances, les professions libérales réglementées dont les membres ne peuvent avoir la qualité commerciale. En outre la rédaction de l'objet social est importante il détermine les pouvoirs des gérants et délimite les risques encourus par les associés. En effet **la société est engagée par tous les actes des gérants** à condition qu'ils entrent dans l'objet social. L'objet social limite donc les pouvoirs des gérants dans leurs rapports avec les tiers et protègent ainsi les associés contre des initiatives inconsidérées des gérants. C'est **une différence entre la société en nom collectif et les SARL**.

C. Le capital social :

Aucun capital social minimum n'est requis par le Code de commerce. De plus, les associés n'ont pas à libérer tout ou partie des apports qu'ils ont souscrit. Cette facilité est due au fait que la contrepartie

est la responsabilité solidaire et indéfinie des associés. Ainsi le capital n'est pas le gage des créanciers sociaux mais la mesure du pouvoir politique des associés.

D. L'importance des formalités de publicité :

L'article L235-2 du Code de Commerce énonce que l'accomplissement des formalités de publicité est exigé à peine de nullité. S'il n'y a pas de publicité dans un journal d'annonce légale, la société en non collectif sera nulle. De plus les associés ne pourront se prévaloir envers les tiers de cette nullité pour se dégager de leurs obligations.

III. L'organisation de la société en nom collectif :

A. Les règles de gérance :

Le Code de commerce comporte des règles précises concernant la désignation et révocation des gérants mais elles sont supplétives. Le Code de Commerce précise que tous les associés de la société en nom collectif sont gérants à défaut de stipulation contraire dans les statuts ou par un acte ultérieur au statut. Le gérant est dit statutaire lorsque son nom figure dans les statuts de la société. Il peut être associé ou tiers, mais en pratique souvent les associés choisissent le gérant parmi eux. Le gérant peut être une personne physique ou morale mais dans ce dernier cas les dirigeants de la personne morale gérante sont soumis aux mêmes obligations et encourent les mêmes responsabilités civiles ou pénales que s'ils étaient gérants en nom personnel. Le gérant peut être français ou étrangers. Enfin la désignation doit être publiée au RCS et dans un journal d'annonce légale. Les modalités de révocation sont réglées par les statuts ou par l'article L221-12 du Code de commerce. Au cas où les gérants sont associés ou si tous les associés ont la qualité de gérant et bien la révocation ne peut être décidée que par une décision des autres associés prise à l'unanimité car la révocation entraîne la dissolution de la société sauf si les statuts contiennent une clause de continuation ou si à l'unanimité les associés décident de poursuivre la société. Lorsque le gérant est non statutaire, il est révocable dans les conditions fixées par les statuts sans que la révocation entraîne la dissolution de la société. Dans le silence des statuts la révocation du gérant doit être décidée à l'unanimité des associés. Si le gérant n'est pas associé il est révocable dans les conditions posées par les statuts et dans le silence des statuts par les associés. Enfin, les gérants peuvent toujours faire l'objet d'une révocation judiciaire.

En ce qui concerne les pouvoirs des gérants dans les rapports entre associés et bien les statuts déterminent librement les pouvoirs du ou des gérants. Ainsi par exemple, le gérant ne serait engager la société par sa seule signature au-delà d'un certain montant. En cas de pluralité de gérants les statuts peuvent valablement fixer leurs pouvoirs respectifs. En ce qui concerne les pouvoirs des gérants dans les rapports avec les tiers, et bien la volonté de protéger les tiers traitant avec les gérants est à l'origine des pouvoirs étendus dont le gérant est investi. Ainsi, la société est engagée par tous les actes des gérants qui relèvent de l'objet social. En outre, les clauses statutaires limitant des pouvoirs des gérants sont inopposables aux tiers.

Vis-à-vis de la responsabilité des gérants, il engage sa responsabilité civile envers les associés et tiers en cas de violation de la loi, des statuts ou pour faute de gestion. Envers les associés, le gérant a la qualité de mandataire, de sorte qu'il doit leur rendre des comptes, il est responsable des fautes commises dans sa gestion. En cas de pluralité de gérants chacun n'est responsable que de ses fautes

personnelles. **Envers les tiers**, les gérants ne sont responsables que de leur faute personnelle extérieure à leur gestion. Sur la responsabilité pénale, l'abus de bien sociaux ne peut être reproché au gérant car c'est une responsabilité spécifique aux sociétés par action.

B. Le statut de l'associé en nom :

1. L'obligation aux dettes de l'associé en nom :

L'obligation aux dettes sociales est le **trait caractéristique des sociétés à risque illimité**. La contribution aux pertes signifie que lorsque les comptes font apparaître une perte, les associés ne récupéreront qu'une partie de leurs apports même si tous les créanciers sociaux étaient désintéressés. En revanche, l'obligation aux dettes signifie que si la société n'est pas en mesure de payer ses créanciers, ils peuvent se retourner contre les associés codébiteurs. L'associé en nom **joue le rôle d'un codébiteur ou d'une caution**, mais ce n'est qu'un codébiteur subsidiaire car le créancier doit d'abord s'adresser à la société.

2. La transmission des parts sociales :

Les parts sociales des sociétés en nom collectif **ne peuvent être représentées par des titres négociables**. En outre, elles ne **peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés**. Cette disposition est d'ordre public.

La cession des parts sociales est soumise à des règles de fond et formalités. Ainsi le Code de Commerce considère que toute cession de part sociale de société en nom collectif **requiert le consentement unanime des autres associés et toute clause contraire est prohibée**. A défaut d'agrément l'associé reste prisonnier de celle-ci. En cas d'agrément à l'unanimité d'un nouvel associé, il prend la place de l'ancien mais ce dernier reste tenu du passif social exigible au jour de la cession. Le nouvel associé est tenu de tout le passif. Concernant **les formalités**, la cession des parts doit être constatée par écrit, c'est une exigence de preuve. La cession n'est opposable à la société que si elle lui a été notifiée par dépôt de l'acte original au siège social soit par une signification par voie d'huissier ou acceptation par acte notarié. A l'égard des tiers la cession est opposable après accomplissement de la publicité au RCS.

Enfin, en ce qui concerne **la transmission à cause de mort** le Code du commerce énonce que la **société en nom collectif prend fin par le décès de l'un de ses associés** à moins que les statuts aient prévus la continuation de la société (avec les associés survivants par exemple). S'il n'y a pas de clause de continuation prévue dans les statuts, **la société prend fin nécessairement et obligatoirement**. Les héritiers exclus ou les conjoints survivants exclus ont droit à une indemnité correspondant à la valeur des parts dont ils ont hérités, valeur déterminée par un expert à défaut d'accord entre les parties. La Cour de Cassation a précisé que les intérêts afférant à cette dette de la société courent à compter de la sommation adressée par les héritiers de l'associé décédé au gérant de la société en nom collectif, sommation de leur payer une certaine somme représentant la valeur des parts sociales de leurs auteurs. Cette solution a pour but **d'inciter les sociétés à accélérer le paiement de l'indemnité due aux héritiers** d'un associé décédé. Les **héritiers mineurs ne peuvent avoir la qualité d'associé en nom** car ils n'ont pas la capacité commerciale. Il faudrait transformer la société en nom collectif en société en commandite simple dans lesquels les héritiers mineurs seraient des commanditaires. A défaut, **la société serait dissoute dans un délai d'un an**.

III. Les droits des associés :

Les associés d'une société en nom collectif sont investis de droits financiers et politiques.

A. Les droits financiers :

Chaque associé en nom a droit à une part des bénéfices réalisés par la société. Les conditions de distribution des bénéfices et la part de chaque associé sont déterminées librement par les statuts. Il n'y a pas d'obligation de constituer une réserve légale.

La distribution des bénéfices est décidée par l'assemblée annuelle qui statue sur les comptes sociaux de la société. Toute clause d'intérêt fixe est prohibée. Le ou les gérants perçoivent une part spéciale sur les bénéfices en plus de leur rémunération fixe. Dans les sociétés en nom collectif, du fait de leur transparence, les bénéfices sont imposables au nom des associés dès qu'ils sont réalisés et même s'ils n'ont pas été distribués. Enfin les associés peuvent percevoir des intérêts sur les sommes avancées à la société en compte courant.

B. Les droits politiques :

1. Le droit à l'information :

Le code de commerce confère trois prérogatives aux associés en nom : ils peuvent consulter sur place les documents sociaux 2 fois par an, ils peuvent poser au gérant des questions écrites 2 fois par an et ils peuvent obtenir dans les 15 jours avant l'assemblée annuelle les comptes sociaux, le rapport de gestion, le texte des résolutions, et l'inventaire.

2. Le droit de vote :

Ce droit est important dans une société en nom collectif car chaque associé ne dispose que d'une seule voix. De plus, les décisions doivent être prises à l'unanimité. Cette règle peut être néfaste puisqu'elle peut aboutir à une paralysie de la société. C'est la raison pour laquelle les statuts peuvent déroger ou aménager cette unanimité en prévoyant la majorité. Néanmoins l'unanimité est toujours requise en ce qui concerne la révocation du gérant associé statutaire et la cession des parts sociales.

Enfin, les associés doivent se réunir au moins une fois par an pour approuver les comptes sociaux. Cette réunion doit respecter un formalisme car les décisions doivent être consignées par des procès verbaux signés par tous les associés présents.

IV. La dissolution de la société en nom collectif :

Outre les causes de dissolution du droit commun, la société en nom collectif prend fin par des clauses spécifiques qui découlent de l'intuitu personae. La société prend fin par le décès d'un associé, par l'incapacité ou l'interdiction de gérer ou la procédure collective et par la révocation d'un gérant associé statutaire.

- **Le décès d'un associé :**

En principe la société **prend fin par le décès de l'un des associés**, sauf clause de continuation statutaire. Ces clauses constituent des pactes de succession futurs exceptionnellement autorisés par le législateur. Les statuts peuvent donc stipuler que la société continuera avec les héritiers ou sans.

- **L'incapacité ou l'interdiction de gérer ou la procédure collective frappant un associé :**

Le prononcé d'une mesure d'incapacité ou d'interdiction d'exercer une profession commerciale ou un jugement de liquidation judiciaire **entraînent la dissolution de la société**, à moins que les statuts ne contiennent une clause de continuation ou que les associés décident de la continuation à l'unanimité. Le Code précise qu'en cas de continuation de la société, la valeur des droits sociaux à rembourser à l'associé qui perd cette qualité est déterminée conformément à l'article 1843-4 du Code Civil.

- **La révocation d'un gérant associé désigné par les statuts :**

La révocation du gérant **entraîne la dissolution** sauf clause de continuation ou vote à l'unanimité des autres associés.

Chapitre 2 : La société en commandite simple

La société en commandite simple est aujourd'hui peu répandue. Celle-ci **comporte deux types d'associés** à savoir les commandités et les commanditaires.

Concernant **les commandités**, ils ont le même statut que les associés en nom. Ainsi ils sont tenus indéfiniment et solidairement des dettes de la société sur leurs biens personnels. S'agissant de la gérance, le ou les gérants peuvent être des associés commandités ou un tiers, mais au aucun cas un associé commanditaire.

Les **commanditaires** ne sont tenus des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports (responsabilité limitée). La règle de la défense d'immixtion dans la gestion est applicable. Ainsi un commanditaire ne peut en aucun cas s'immiscer dans la gestion de la société. Cette interdiction vise à protéger les tiers qui pourraient traiter avec un commanditaire en comptant sur la responsabilité de celui-ci. Concernant la portée du principe, seuls sont interdits aux commanditaires les actes de gestion externes qui les mettent en rapport avec les tiers. Celui qui contreviendrait à cette règle serait tenu solidairement des engagements résultants des actes prohibés.

S'agissant **des décisions sociales**, les associés ne peuvent changer la nationalité de la société que par une décision unanime. En revanche, toute autre modification des statuts peut être décidée avec le consentement de tous les commandités et de la majorité en nombre et en capital des commanditaires.

S'agissant de **la transmission des parts sociales**, celles-ci ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés, mais les statuts peuvent stipuler que les parts des associés commanditaires sont librement cessibles entre associés.

PARTIE III : Les sociétés par actions

A la différence des sociétés de personnes, les sociétés par action ou de capitaux **ne sont pas fondées sur l'intuitu personae**. Ce sont des sociétés constituées pour drainer des capitaux importants. Les capitaux importés comptent d'avantages que la personnalité des associés. En outre, les parts des associés sont appelées action, et sont en principe librement négociables, sauf disposition contraire dans les statuts. Ces actions sont librement transmissibles. Enfin, les associés ne **sont tenus qu'à concurrence de leur apport** (responsabilité limitée).

I. Histoire des sociétés par action :

L'apparition de ces sociétés est plus récente que celle des sociétés de personnes. Mais elles **existaient déjà sous l'ancien régime**. Elles ont ensuite été réglementées par le code de commerce de 1807 qui connaissaient deux types de sociétés par action (anonyme et commandite par action). Celles-ci se **sont développées au cours du XIX^{ème} siècle**. **Jusqu'en 1967**, la société par action la plus répandue était la société en commandite par action. En effet, sous l'empire du Code de commerce de 1807 la constitution d'une société anonyme devait être autorisée par la gouvernement.

La loi de 1967 **supprima l'exigence d'une autorisation gouvernementale** pour constituer une société anonyme et soumis les deux catégories de sociétés par action au même régime. A compter de cette date va s'effectuer un déclin des sociétés en commandite par action. Néanmoins, depuis quelques années il y a un renouveau de celle-ci. Les règles gouvernant les sociétés par action rendent moins intéressantes le lancement d'une OPA visant les titres de la société.

La loi LRE de 2001 a modifié la société anonyme quant à l'organisation de sa direction. Une loi de 1994 a instauré un troisième type de société par action, **à savoir la société par action simplifiée (SAS)**. Il s'agit d'une structure visant à favoriser la coopération entre des grandes sociétés poursuivant un objectif commun. Ces sociétés sont **gouvernées par le principe de la liberté contractuelle et l'intuitu personae**. L'appellation de SAS a été choisie par préférence à celle de société anonyme préférée de manière à soustraire cette société aux directives européennes qui visent les sociétés anonymes. La loi de 1999 a accru l'intérêt de la SAS car elle est maintenant accessible aux PME ou entrepreneurs individuels.

II. L'importance des sociétés par action dans la vie économique :

Dans un système économique capitaliste, toutes les grandes entreprises **sont exploitées par les sociétés par action**. En effet, les capitaux de plus en plus importants que requièrent les entreprises peuvent être fournis par des individus isolés ou quelques associés. **Il faut faire appel public à l'épargne de manière à drainer des épargnants**. Or ceci n'accepteront d'investir leur argent que dans une société dans laquelle leur responsabilité est limitée à leur apport et dont ils pourront céder les titres.

III. les dangers des sociétés par action :

Elle présentent **des dangers à l'origine de leur réglementation**. Pour les tiers et créanciers sociaux, dans les sociétés anonymes, en raison de l'absence d'individus responsables sur leurs

biens individuels il y a danger. Enfin il y a un danger pour les salariés qui peuvent être sacrifiés sous l'hotel de la rentabilité et du profit.

Aujourd'hui, la responsabilité des dirigeants de droit ou de fait peut être engagée s'ils ont commis des malversations ou fautes de gestion. Des organes de contrôle exercent des surveillances sur les comptes. Enfin l'autorité des marchés financiers a vu ses pouvoirs accrues. Quoi qu'il en soit la volonté du législateur de prévenir certains abus se traduit par une minutieuse réglementation (plus de 400 articles).

Chapitre 1 : La société anonyme

Il existait déjà des sortes de sociétés par action à Rome, mais c'est sous l'ancien régime qu'est apparue la société anonyme. A la suite de scandales le Code de commerce de 1807 avait soumis la constitution de ces sociétés à autorisation gouvernementale, supprimée en 1967. C'est au XIX^{ème} siècle que la société anonyme a été conçue comme un mécanisme juridique permettant de drainer l'épargne publique. Dans le code de commerce de 1807 il n'y avait que 9 articles régissant la SA. Elle était considérée comme un contrat. En vertu de cette conception, son fonctionnement était gouverné par le principe de la liberté contractuelle. Le droit des SA a été forgé par la pratique et ce n'est qu'ensuite que le législateur est intervenu pour reconnaître ou proscrire les solutions nées du jeu de la liberté contractuelle.

La loi de 1967 a condamné les pratiques dangereuses pour les tiers ou actionnaires. La SA va perdre son caractère contractuel pour devenir une institution légale. Elle consacre le triomphe de la théorie institutionnelle de la société. Si le domaine de la liberté contractuelle s'est restreint dans la SA, il n'a pas totalement disparu car la technique contractuelle peut valablement aménager des relations individuelles entre les actionnaires. C'est la pratique des pactes d'actionnaires dont la combinaison avec le mécanisme légal suscite des difficultés.

L'équilibre des pouvoirs dans la SA a connu une évolution. Celle-ci a longtemps été le modèle de la démocratie directe, mais cela ne correspond plus à la réalité actuelle. Bon nombre des actionnaires ne sont que des investisseurs qui se désintéressent de l'administration de la société, de sorte que souvent le pouvoir réel appartient aux dirigeants, voire même au seul directeur général qui est omnipotent. Le législateur moderne s'est cependant efforcé de renforcer le pouvoir des associés actionnaires et de renforcer le pouvoir des actionnaires minoritaires.

Toute société anonyme est une société commerciale par la forme quelque soit la nature de l'activité exercée. Les dirigeants et associés ne sont pas commerçants. Toute SA a une dénomination sociale qui doit toujours être suivie du montant du capital social. La SA est une société à risque limité (les associés ne supportent les pertes qu'en fonction de leurs apports). C'est une société hiérarchisée et les pouvoirs des organes sont précisés par la loi. La SA est également une société par action et donc non conclue intuitu personae.

I. La constitution de la société anonyme :

La constitution est plus complexe que celle d'une société de personne en raison de l'exigence de formalités qui s'ajoutent aux conditions générales de constitution de toute société.

A. Les règles spécifiques à la constitution de la société anonyme:

Depuis la loi de 1966, le régime de constitution diffère selon que celle ci fait ou non appel public à l'épargne.

1. La constitution par appel public à l'épargne ou offre au public d'instruments financiers :

La notion d'offre au public des instruments financiers est caractérisées par deux critères à savoir une communication adressée à des personnes et présentant une information suffisante sur les conditions de l'offre et titres à offrir et un placement financier. La constitution d'une SA par offre au public est rare. L'introduction sur un marché financier est un moyen de percevoir des sommes importantes lorsque la société est prospère.

Cette constitution implique de satisfaire des exigences car les fondateurs doivent signer un projet de statut auquel adhéreront le souscripteur qui sera déposé au greffe du tribunal de commerce et publié. Les fondateurs doivent faire imprimer une note d'information à l'intention du public qui doit obtenir l'autorisation de l'AMF. Le capital social minimum est de 225 000 euros et deux commissaires aux comptes doivent être désignés. La société doit comporter 7 actionnaires au minimum.

2. La constitution sans offre au public d'instrument financier:

Outre les conditions nécessaires à la constitution de toutes sociétés, les fondateurs doivent respecter des exigences. Le nombre d'actionnaires doit être au moins de 7 (mineurs ou incapables car les actionnaires n'ont pas la capacité commerciale). Le capital social minimum est de 37 000 euros. Les formalités sont moins lourde que précédemment car il n'y a pas lieu d'effectuer des publicités ou des bulletins de souscriptions. Les souscriptions et libérations doivent seulement être constatées par un certificat du dépositaire. Les actionnaires signent les statuts par la suite. Les statuts doivent désigner les premiers dirigeants et commissaires aux comptes. Enfin il faut respecter l'enregistrement au RCS,

B. Les sanctions des conditions de constitutions des sociétés anonymes :

1. Les sanctions civiles :

L'inobservation des exigences spécifiques à la constitution de la SA n'est pas sanctionnée par la nullité de la société mais **tout intéressé peut demander la dissolution à défaut de régularisation**. Les irrégularités de constitution peuvent engager la responsabilité civile des premiers fondateurs, des dirigeants et commissaires aux comptes.

2. Les sanctions pénales :

Certaines omissions ou l'accomplissement irrégulier de certaines formalités prescrites pour la constitution de la société sont sanctionnées pénalement.

II. La direction de la société anonyme :

Depuis la loi de 2001 une SA peut être dirigée soit par un conseil d'administration et un directeur général, soit par un directoire et un conseil de surveillance.

A. La formule traditionnelle : conseil d'administration, président et directeur général :

Traditionnellement, la SA était **gérée par un organe collégial** (conseil d'administration). Mais c'est celui-ci qui prend les décisions les plus importantes, il ne pouvait assurer la direction quotidienne de la société confiée à un président (directeur général). La loi de 2001 a introduit la possibilité de **dissocier les fonctions de président et directeur général**. Le choix appartient au conseil qui doit en informer les actionnaires et les tiers. Deux modèles sont envisageables :

- La dissociation des deux fonctions président et directeur général : le président représente le conseil dont il organise et dirige les travaux, tandis que le directeur général représente la société à l'égard des tiers et il est investi des pouvoirs le plus étendus pour agir au nom de la société.
- La réunion des deux fonctions : dans ce cas, le président du conseil assume la direction générale de la société.

1. Le conseil d'administration:

- **La composition du conseil d'administration:**

Selon le code, les statuts fixent le nombre des administrateurs mais le conseil doit au moins être composé de 3 administrateurs et 18 opus. **En cas de fusion**, les administrateurs de la société absorbée rejoignent ceux de la société absorbante. Dans ce cas la loi autorise à déplacer le plafond de 18 dans un délai de 3 ans sans dépasser 24 membres. Le conseil peut être composé de **personnes physiques ou morales**. Lorsqu'il s'agit d'une personne morale et bien elle doit désigner un représentant permanent.

- **Le statut des administrateurs :**

La loi ne formule aucune exigence quant à la capacité professionnelle des administrateurs. Les administrateurs doivent être choisis parmi les actionnaires et être propriétaires d'action. Si au jour de sa nomination un administrateur n'est pas propriétaire du nombre d'actions requises par les statuts, il est réputé démissionnaire d'office s'il n'a pas régularisé sa situation dans 6 mois. La loi LRE a modifié les règles applicables aux limitations de mandats. Ainsi, une personne physique ne peut exercer plus 5 mandats d'administrateur de SA ayant son siège social en France. En revanche, aucune limite n'est imposée s'agissant de mandat exercé dans les sociétés contrôlées. Bien qu'un administrateur n'ait pas la qualité de commerçant, diverses activités sont incompatibles avec un mandat d'administrateur (fonctionnaires, parlementaires, membres du gouvernement, huissier). Le dirigeant ne doit pas être sous le coût d'une interdiction de gérer qui résulterait d'une condamnation pénale ou d'une procédure de liquidation judiciaire.

Concernant **la nomination à la fonction d'administrateur**, et bien ils sont désignés dans les statuts et le mandat ne peut excéder 3 ans. En cours de vie sociale les administrateurs sont toujours nommés

par l'assemblée générale et la durée de leur fonction ne peut excéder 6 ans. Au terme du mandat ils sont rééligibles. Concernant **la cessation des fonctions**, et bien le mandat peut prendre fin pour atteinte de la limite d'âge, arrivé du terme du mandat, décès, dissolution ou transformation de la société et démission ou révocation. S'agissant de la démission, elle n'a pas à être motivée mais elle ne doit pas être donnée de manière intempestive. S'agissant de la révocation le code énonce que les administrateurs peuvent être révoqués à tout moment et *ad nutum* par l'assemblée générale. La fonction d'administrateur est **caractérisée par sa précarité**. La jurisprudence reconnaît la **validité des conventions conclues après la révocation**. Si la révocation d'un administrateur n'a pas à être motivée, elle doit **respecter une procédure** (ne pas intervenir dans des circonstances injurieuses ou vexatoires).

Concernant **la rémunération**, un administrateur peut être bénévole. Néanmoins ils sont souvent **rémunérés au moyen de jetons de présence** dont le montant global est fixé par l'assemblée générale. En outre, ils peuvent **percevoir des rémunérations exceptionnelles**. En pratique ils bénéficient **d'autres avantages** (en nature ou stock option). Ils peuvent percevoir **des intérêts sur les sommes avancées en compte courant à la société et un salaire**. Quoi qu'il en soit, les sommes perçues de la société doivent correspondre à des fonctions effectives et ne doivent pas être excessives sinon il y a délit d'abus de biens sociaux.

Concernant **le cumul d'un mandat social d'administrateur et d'un contrat de travail**, et bien mis à par les administrateurs élus par les salariés un administrateur ne peut être salarié de la société que si **son contrat de travail est antérieur à son mandat social**. En outre le cumul est subordonné **à des conditions strictes** (correspondance du contrat à un emploi effectif et des fonctions distinctes du mandat social, état de subordination du salarié par rapport à la société et le nombre d'administrateur lié à la société par un contrat de travail ne peut excéder le tiers des administrateurs). Lorsqu'un salarié devient administrateur, mais n'exerce plus ses fonctions de salarié, et **bien le contrat de travail est suspendu**.

- **Les pouvoirs du conseil d'administration :**

La loi NRE a **étendu les pouvoirs généraux du conseil d'administration**. Le conseil **détermine les orientations de l'activité** de la société et veille à leur mise en œuvre. Il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent. D'une manière générale la jurisprudence décide que les pouvoirs attribués au conseil par la loi **sont d'ordre public**. Ils ne peuvent pas être modifiés par les statuts ou des pactes d'actionnaires extérieurs aux statuts.

Les statuts **fixent les délais et modalités des réunions du conseil** dont la fréquence est variable selon le type et la taille de la société anonyme. En principe il **est convoqué par son président qui arrête l'ordre du jour**, mais **1/3 des administrateurs peut aussi** convoquer le conseil s'il n'y a eu de réunion depuis plus de 2 mois. Préalablement à la tenue du conseil, ils peuvent demander au président la **communication préalable des documents** concernant l'ordre du jour. En effet, dans le silence de la loi la Cour de cassation a reconnu aux administrateurs **un droit à l'information**. Au cas où les administrateurs n'auraient pas reçu dans un délai suffisant l'information, **les délibérations du conseil pourraient être annulées**. Les administrateurs ont l'obligation **d'assurer leurs fonctions avec diligence et bonne foi** (doivent assister aux réunions du conseil). Pour assurer une collégialité, la loi **exige un Corum** et prévoit que le conseil ne peut valablement délibérer que si **la moitié des membres**

est présente. S'agissant **des délibérations**, le vote se fait par tête et un administrateur empêché peut donner mandat à un autre de le représenter. Les décisions sont prises à la majorité. En cas de partage des voix, la voie du président est prépondérante. Souvent il existe des conventions de vote, mais elles ne peuvent porter atteinte au principe délibératif vis-à-vis de la gestion. Les délibérations du conseil doivent être constatées sur procès verbal rédigé par le secrétaire de séance. Dans la perspective d'une action en responsabilité, un administrateur en désaccord avec une décision adoptée par le conseil a tout intérêt à demandeur que son opposition à la décision soit mentionnée dans le procès verbal. En cas d'irrégularité de la réunion, **les décisions et délibérations peuvent être annulées**. Enfin, les administrateurs ont une obligation de loyauté envers les actionnaires.

Le Code précise que **dans les rapports avec les tiers, la société est engagée**, même par les actes du conseil d'administration qui n'entrent pas dans l'objet social. En revanche, la société ne sera pas engagée par les actes du conseil empiétant sur les pouvoirs attribués par la loi aux assemblées d'actionnaires.

Le conseil **jouit de prérogatives qu'il est le seul à pouvoir exercer** (convocation de l'assemblée générale et fixation de l'ordre du jour). Ni le président, ni le directeur général, ni l'assemblée ne seraient se substituer à lui. La nomination et révocation du président, du directeur général relève de la compétence du conseil. La loi lui confère un rôle en **matière de garanties données par la société et de conventions conclues** entre la société et un administrateur. Le conseil peut donner une autorisation au directeur général, dans la limite d'un montant qu'il fixe, mais la durée de l'autorisation est limitée à 1 an. Le conseil doit également autoriser toute convention entre la société et l'un de ses dirigeants ou un actionnaire détenant plus de 5% des droits de vote, ainsi que les conventions passées entre la société et une entreprise au sein de laquelle un membre est propriétaire associé indéfiniment responsable. La procédure de contrôle de ces conventions n'est pas applicable aux conventions portant sur des opérations courantes (celles que la société réalise habituellement). S'agissant **des sanctions de l'inobservation de ces procédures**, la loi distingue selon que la convention a été conclue sans autorisation préalable du conseil ou n'a pas été approuvée par l'assemblée. Dans le 1^{er} cas, la convention peut être annulée si elle a eu des conséquences dommageables. Dans le 2^{ème} cas, les conventions ne peuvent être annulées qu'en cas de fraude. Enfin certaines **conventions sont interdites**, à savoir le fait de se faire consentir un découvert en compte courant ou de faire cautionner par la société des engagements envers les tiers. Ces conventions sont nulles et exposent le dirigeant à des poursuites pénales pour abus de biens sociaux.

- **Les responsabilités des administrateurs :**

Les administrateurs engagent leur responsabilité en cas de manquement aux obligations de leurs fonctions tel qu'assister aux réunions du conseil. Dans ce cas ils peuvent **engager leur responsabilité civile et pénale**.

Concernant **la responsabilité civile**, elle est régie par le droit commun et elle peut être engagée à l'égard des actionnaires ou tiers en raison d'infraction aux lois et règlements ou de faute de gestion. La responsabilité des administrateurs est individuelle sauf en présence d'une faute collective (responsabilité *in solidum*). On distingue deux types d'action en responsabilité, à savoir l'action sociale et l'action individuelle (prescription au bout de 3 ans à compter du fait dommageable ou de sa découverte). **L'action individuelle** est celle qui est fondée sur un préjudice particulier causé par des administrateurs à des fonctionnaires. **L'action sociale** est celle qui est fondée sur un préjudice

touchant la société elle-même. Cette action tend à la reconstitution du patrimoine social. Dès lors que la société subit un dommage, ses représentants légaux doivent agir contre le responsable. Depuis la loi de 1994 une association d'actionnaire peut aussi exercer cette action sociale *ut singuli*. Elle permet aux actionnaires de se substituer au dirigeant pour protéger le patrimoine social. Si l'action sociale aboutie, les dommages et intérêts profiteront à la société. La responsabilité civile des administrateurs est souvent recherchée lorsque la société est mise en liquidation judiciaire. Il n'y a pas de cumul des actions du droit des procédures collectives et du droit des sociétés.

Concernant la **responsabilité pénale** des administrateurs, la loi a érigé en délit des comportements comme l'usage à des fins personnelles des biens de la société ou la présentation de faux bilans.

2. Le président du conseil d'administration, le directeur général et les directeurs généraux délégués :

- Le président du conseil d'administration :

Concernant **son statut**, et bien le conseil élit son président. Il doit s'agir d'une personne physique actionnaire de la société. Il est nommé pour une durée ne pouvant excéder celle de son mandat d'administrateur, mais rééligible (pas plus de 5 mandats). La limite d'âge est de 65 ans et la rémunération fixée par le conseil (si elle est excessive il y a abus de biens sociaux). D'un point de vue social il a le statut d'un salarié. Le conseil peut révoquer le président à tous moment. Les fonctions de président cessent en cas de révocation de son mandat d'administrateur. Enfin il peut démissionner de ses fonctions. Concernant **ses pouvoirs**, il représente le conseil, organise et dirige ses travaux.

- Le directeur général.

Concernant **son statut**, il est choisi parmi les administrateurs ou en dehors d'eux. Il n'est pas obligatoirement actionnaire. Il est désigné par délibération du conseil et il doit être une personne physique et de 65 ans maximum. La durée du mandat est fixée par le conseil et le directeur général ne peut effectuer qu'un seul mandat. Il peut cumuler son mandat social avec un contrat de travail. Il est révocable à tout moment. Concernant **ses pouvoirs**, il est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Il exerce ses pouvoirs dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux que la loi attribue aux actionnaires. La société est engagée par les actes du directeur qui n'entrent pas dans l'objet social.

- Le directeur général délégué :

Il est choisi parmi les administrateurs ou en dehors d'eux et il n'est pas nécessaire qu'il soit actionnaire. Il doit s'agir d'une personne physique et est désigné par délibération du conseil sur proposition du directeur général. La limite d'âge est de 65 ans. Il est révocable par décision du conseil sur proposition. Concernant **ses pouvoirs**, ils sont précisés par le conseil sur proposition. A l'égard des tiers, ils disposent des mêmes pouvoirs que le directeur général.

B. La structure nouvelle : directoire et conseil de surveillance :

Depuis 1966 les fondateurs d'une société anonyme **peuvent adopter les nouvelles formules de direction**. La loi a voulu offrir aux fondateurs une alternative. Cette structure consiste à confier la

gestion quotidienne au directoire et son contrôle au conseil de surveillance. La loi NRE a codifié ces articles.

1. Le directoire :

Il est composé de 5 membres. Ils sont nommés par le conseil de surveillance qui fixe la gestion à l'un d'eux. Les membres ne peuvent être que des personnes physiques, mais elles n'ont pas à être actionnaires. Ils n'ont pas la qualité de commerçant. Ils sont nommés pour une durée entre 2 et 6 ans selon et statuts et dans leur silence pour 4 ans. La rémunération est fixée par le conseil de surveillance. Un membre du directoire peut cumuler son mandat social un contrat de travail. Les membres peuvent être révoqués par l'assemblée générale sur proposition du conseil de surveillance. Toutefois, le conseil de surveillance peut décider de la révocation motivée. Le directoire peut agir en toute circonstance au nom de la société, sous réserve des pouvoirs réservés par la loi aux conseils de surveillance et assemblée d'actionnaires. Dans les rapports avec les tiers, la **société est engagée par les actes du directoire qui ne relèvent pas de l'objet social**. Un membre du directoire ne peut donner un cautionnement, un aval ou une garantie pour la dette d'un tiers sans l'autorisation préalable du conseil de surveillance. Le président du directoire a pour **fonction de représenter la société dans ses rapports avec les tiers**.

2. Le conseil de surveillance :

Il est composé de 3 à 18 membres, choisi par les actionnaires (dans les statuts ou par l'assemblée générale). Les membres peuvent être des personnes physiques ou morales. Pour les personnes physiques la limite est de 65 ans. La loi interdit d'être la fois membre du conseil de surveillance et du directoire. Les membres peuvent être salariés de la société si leur contrat de travail est distinct des fonctions exercées avec un lien de subordination. Le nombre des membres salariés ne peut excéder le tiers. Ils sont nommés pour une durée fixée par les statuts mais qui ne peut excéder 3 ans dans ce cas ou 6 ans en cas de nomination par l'assemblée. A l'instar des administrateurs, les membres sont révocables ad nutum. Le conseil élit en son sein un président et vice président chargé de diriger les débats. Le conseil de surveillance a pour mission **d'exercer un contrôle permanent de la société par le directoire**. Le directoire doit ainsi présenter un rapport une fois par trimestre. Les statuts peuvent subordonner certains contrats à l'autorisation du conseil.

III. Les actionnaires :

Ils sont investis de droits financiers, patrimoniaux et politiques.

A. Les droits politiques :

Ce sont **des droits extrapatrimoniaux** qui associent des actionnaires à la vie sociale en leur permettant de recevoir des informations sur l'évolution de la société, de prendre part aux décisions concernant sa politique et de choisir les dirigeants. Pour ce faire, les actionnaires ont un droit à l'information et un droit de vote.

1. Le droit à l'information :

Les actionnaires peuvent demander les comptes annuels et le rapport de gestion des organes sociaux. En outre, préalablement à la tenue de toute assemblée, les actionnaires peuvent demander la communication d'autres renseignements. Ce droit à l'information est **sanctionné par l'annulation de l'assemblée, voire par des sanctions pénales**. Dès la convocation à une assemblée tout actionnaire peut poser aux dirigeants des questions écrites.

2. Le droit de vote :

Le droit de suffrage est **la prérogative la plus importante** de l'actionnaire, mais cette affirmation a été remise en question par des nouveaux titres mixtes qui participent de la nature des actions et des obligations. En principe, tout actionnaire peut prendre part aux votes des décisions soumises aux AGO et AGE. **La loi protège cette liberté de vote** car est réprimé pénalement les trafics ou achat de droits de vote. Selon le principe de proportionnalité, toute action vaut une voix. Ce principe admet des exceptions car les statuts peuvent limiter le nombre des voix dont peut disposer un actionnaire ou octroyer un droit de vote double.

B. Les droits financiers :

Ces droits découlent de la vocation même de la société constituée en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Tout actionnaire **à un droit aux dividendes** (droit de percevoir sa quote part des bénéfices distribués).

C. Les droits patrimoniaux:

Les actions constituent de véritables biens incorporels de nature mobilière qui font partie du patrimoine de l'actionnaire (cession autorisée). L'action est un titre négociable. C'est le principe de la **libre négociabilité des actions**. Néanmoins il y a **des exceptions** car la loi prévoit que les actions ne peuvent être négociées qu'après l'immatriculation au RCS et les statuts peuvent stipuler des clauses d'agrément. En outre il existe des clauses de préemption qui imposent à l'actionnaire de proposer d'abord ses actions aux bénéficiaires de ces clauses. Les clauses de rachat forcé sont aussi licites si elles interviennent pour des motifs précisés à l'avance.

Chapitre 2 : La société en commandite par action

I. La structure de la société en commandite par action :

Les règles concernant les sociétés anonymes **sont applicables aux sociétés en CPA** dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières régissant les sociétés en CPA. Cette combinaison est parfois délicate.

A. Les commanditaires :

Ce sont **des actionnaires** et ils ne supportent les pertes sociales que dans la limite de leur apport. Ils sont exclus de la gestion externe de la société et participent aux assemblées avec toutes les capacités des actionnaires. Le contrôle permanent de la gestion de la société est assuré par un conseil de surveillance composé de 3 commanditaires.

B. Les commandités :

Il doit y avoir **un ou plusieurs commandités**. S'ils doivent effectuer un apport, il peut s'effectuer en industrie. Chacun est responsable de la totalité des pertes sociales sur son patrimoine personnel. La responsabilité indéfinie des commandités a un intérêt précipitaire constitué d'un pourcentage du résultat de la société. Cette qualité de commandité peut être conférée à une personne morale. Le commandité joue un rôle essentiel et donc son accord est nécessaire pour la désignation des gérants ou leur révocation. Il a un droit de veto pour toute modification des statuts et la transformation de la société.

C. Le gérant :

La société en CPA est dirigée par **un ou plusieurs gérants** (personnes physique ou morale). Ils sont désignés par les statuts ou en cour de vie sociale. La révocation obéit aux mêmes règles. Le gérant est révocable pour cause légitime à la demande de tout associé. Dans la pratique **il s'agit souvent d'un commandité**, ce qui lui permet de cumuler ses pouvoirs. Concernant ses pouvoirs, il est dans la même situation que le conseil d'administration d'une société anonyme.

Chapitre 3 : La société par action simplifiée

A la demande des grandes entreprises françaises, le législateur a **ajouté une 3^{ème} forme de société anonyme**, à savoir la société par action simplifiée (SAS) par une loi de 1994. Il s'agissait de permettre l'utilisation d'un instrument simple de collaboration et de coopération interentreprises sans recourir à la création d'une filiale commune sous l'une ou l'autre des formes contraignantes des sociétés commerciales prévues par la loi. La loi de 1994 a autorisé la création de SAS qu'entre personnes morales. Une 2^{ème} loi de 1999 a élargie les facultés de recours à la SAS en permettant qu'elle soit constituée entre personnes physiques. Cette loi a aussi instauré **une deuxième forme de société unipersonnelle, à savoir la SAS unipersonnelle**. La SAS est codifiée aux articles L227-1 à L227-20 du Code de commerce.

La SAS est **soumise aux dispositions impératives du droit commun des sociétés** (1832 à 1844). A défaut de stipulation contraire des statuts, les règles applicables à la société anonyme s'appliquent à la SAS sous réserve de celles qui gouvernent la direction, l'administration et les assemblées d'actionnaires.

La SAS est caractérisée par sa souplesse dans la mesure où elle confère aux associés une liberté dans l'organisation de son fonctionnement et leur permet de contrôler étroitement la composition de

l'actionnariat **afin de préserver l'intuitu personae** qui a présidé à la création de la société. La SAS est **une société fermée** et donc elle ne peut faire appel public à l'épargne.

I. La constitution de la SAS :

Pour l'essentiel, la SAS est soumise **aux mêmes règles de constitution que les sociétés anonymes** ne faisant pas appel public à l'épargne. Il y a tout de même des dispositions particulières aux SAS. Ainsi **les associés sont aussi bien des personnes physiques que morales**. La SAS ne peut comprendre qu'un seul associé et la loi ne fixe aucun maximum. Le capital social minimum est fixé à 37000 euros, mais **depuis 2008 il est fixé par les statuts et donc il n'y a plus de minimum fixé par la loi**. Avant la loi de 1999 la SAS apparaissait comme étant une société de société. Le capital de la SAS devait être entièrement libéré et réservé aux grandes sociétés faisant appel public à l'épargne.

La SAS peut aussi être constituée par transformation d'une société préexistante et dans ce cas la **décision de transformation doit être prise à l'unanimité des associés**.

II. Le fonctionnement de la SAS :

A. La direction :

- Organisation :

La seule exigence prévue par le code est **l'obligation de désigner un président**. En dehors, c'est aux associés fondateurs qu'il appartient d'organiser dans **les statuts la création d'un organe collégial de direction** et la durée de ses fonctions. La **limite d'âge est aussi fixée par les statuts**.

Le président peut être **une personne physique ou morale** et peut être **désigné parmi les associés ou en dehors**. En outre, depuis la loi de 2002 le président est **soumis au même régime social que le directeur général de la SA**.

- Les pouvoirs des dirigeants :

L'article L227-6 du code considère que **le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société** dans **la limite de l'objet social** et dans les rapports avec les tiers la société est engagée même par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet. Enfin, les **stipulations des statuts limitant le pouvoir du président sont inopposables aux tiers**.

Les autres organes de direction ne peuvent avoir **que des pouvoirs internes de surveillance, contrôle et organisation**.

- La responsabilité des dirigeants :

L'article L227-8 du code énonce que **la responsabilité obéit aux mêmes règles que la responsabilité des membres du conseil d'administration et du directoire**. Lorsqu'une personne morale est nommée président ou dirigeant d'une SAS, les dirigeants sont **soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités civiles ou pénales** que s'ils étaient présidents ou dirigeants en leur nom propre.

B. L'actionnariat :

L'un des attraits de la SAS est de permettre d'associé et de prévoir un contrôle de l'actionnariat.

1. Le contrôle de l'actionnariat :

La SAS est une société fermée et caractérisée par l'intuitu personae. Les associés peuvent donc introduire dans les statuts des clauses assurant un contrôle de l'actionnariat. Les statuts peuvent contenir une clause d'inaliénabilité ou d'agrément interdisant la cession des actions pendant une durée maximale de 10 ans. La violation de ces clauses est automatiquement sanctionnée par la nullité de la cession. Enfin, les statuts peuvent contenir une clause d'exclusion prévoyant que dans certains cas l'associé devrait être obligé de céder ses actions. Les statuts peuvent aussi prévoir comme sanction la suppression des droits non pécuniaires de l'associé. Ces clauses ont pour but de permettre un contrôle sur les mutations de capital de la société.

2. Les droits des associés :

L'associé d'une SAS est titulaire des mêmes droits pécuniaires que les associés d'une société anonyme. **Concernant le droit à l'information**, seules sont applicables les dispositions statutaire mais chaque associé a le droit de participer aux assemblées générales. **S'agissant des décisions sociales**, le code précise que les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement. Les statuts peuvent librement choisir le mode de consultation des associés. Le principe de proportionnalité des droits de vote à la quotité de capital représenté par les actions est écarté. Cette liberté est assortie de deux tempéraments car les attributions dévolues aux assemblées générales des SA en matière d'augmentation, d'amortissement, de réduction du capital sont exercés obligatoirement collectivement par les associés. En outre, l'unanimité des associés est requise pour l'adoption, la modification des clauses concernant l'actionnariat de la SAS.

C. Les organes de contrôle de la SAS :

A l'instar de la société anonyme, la SAS était soumise au contrôle d'un commissaire aux comptes. Depuis la loi de 2008, les associés peuvent nommer un ou plusieurs commissaires au compte. Lorsqu'il y a commissaire il est soumis aux mêmes règles de ceux des sociétés anonymes.

Concernant les conventions réglementées, il n'y a pas d'accord préalable, de contrôle a priori, mais le président doit établir un rapport spécial qu'il soumet à l'assemblée d'associés.

PARTIE IV : la société à responsabilité limitée

Depuis 1985 il existe deux types de SARL à savoir la SARL classique (créée par loi de 1925) et la SARL unipersonnelle (créée en 1985).

Chapitre 1 : La société à responsabilité limitée traditionnelle

Elle a été introduite en droit français par une loi de 1925, texte voté pour étendre à la France le modèle allemand. La SARL est l'une des sociétés les plus répandue en France. Son succès tient à la

simplicité de la constitution et du fonctionnement de la société et il y a limitation de responsabilité des associés en apports. Mais cette limitation de responsabilité **est illusoire pour deux raisons** :

- Aucune banque n'accepte de prêter de l'argent à une SARL sans bénéficier à titre de garantie de la caution personnelle du gérant et de ses associés principaux.
- Si le dirigeant commet des fautes de gestion, toute ou partie du passif de la société pourrait être mise à la charge du gérant de droit ou de fait.

La SARL est régie par les articles L223-1 à L223-43 du code. La SARL est constituée entre **associés qui n'ont pas la qualité de commerçants** et qui **ne sont responsables que dans la limite de leurs apports**. Le capital social est divisé en parts sociales non cessibles. En conséquence, la SARL est hybride qui emprunte aux sociétés de personnes et aux sociétés de capitaux.

I. Les règles relatives à la constitution de la SARL :

Le régime de la constitution de la SARL ne **présente par d'originalité par rapport aux dispositions générales** du droit des sociétés.

A. Les conditions de fond :

La SARL de type traditionnel comprend de 2 à 100 associés, la société se transformant en SA si le plafond est dépassé. Toute activité économique peut être exercée sous forme de SARL mais certains secteurs comme la banque sont interdites. Le capital social ne connaît plus de minimum depuis 2008 et il est fixé par les statuts. Il peut être constitué sous forme d'apport en numéraire ou nature, les apports en industrie étaient en principe interdits sauf dans le cas de la SARL constituée entre conjoint. Cette exception visait à améliorer la situation du conjoint qui participait à l'exploitation du fonds de commerce sans faire un apport en numéraire ou nature. Depuis la loi de 2001 les apports en industrie sont autorisés.

1. Les apports en numéraire :

Jusqu'en 2001 ils devaient être immédiatement et intégralement libérés. Depuis la loi NRE de 2001, les parts représentant les apports en numéraire doivent être libérées d'au moins 1/5^{ème} de leur montant, le solde devant être dégagé dans les 5 ans de l'immatriculation.

2. Les apports en nature :

Le législateur craint la fraude et que les apports en nature soient surévaluer. Le code a prévu des **règles destinées à prévenir une telle fraude**. Chaque apport en nature doit être évalué dans les statuts. Un commissaire aux apports doit être désigné à l'unanimité des futurs associés ou par le tribunal de commerce. Il doit présenter un rapport sur l'évaluation des apports, rapport annexé aux statuts. Le seuil permettant aux associés de se dispenser de recours à un commissaire lors de la constitution de la SARL est aujourd'hui de 30 000 euros. Pour évaluer les apports en nature, les associés peuvent décider à l'unanimité de se dispenser du recours à un commissaire aux apports.

Lorsqu'un commissaire aux apports n'a pas été désigné ou si la valeur retenue par les associés est différente de celle proposée par le commissaire, **les associés sont solidairement responsables à l'égard des tiers pendant 5 ans de la valeur attribuée aux apports en nature**. Lorsque la

surévaluation est frauduleuse, l'apporteur malhonnête et le commissaire sont passibles de sanctions pénales.

B. Les conditions de forme :

Les statuts de la société doivent être rédigés, indiquer la forme de la société, sa durée, sa dénomination, son siège social, son objet. Des formalités de publicité doivent être effectuées (publication dans un journal d'annonce légale, immatriculation au RCS, dépôt du dossier au CFE).

II. La gérance de la SARL :

Toute SARL est dirigée par un ou plusieurs gérants qui constituent « la gérance de la société ». C'est l'organe de direction, donc le pouvoir exécutif de la SARL.

A. Le statut du gérant :

1. Le statut juridique du gérant :

Concernant la condition juridique du gérant il doit être une personne physique, il n'a pas la qualité de commerçant, et c'est un organe de la société qui la représente vis-à-vis des tiers. La loi exige que le gérant ne soit pas frappé d'une interdiction d'exercer une activité commerciale.

Concernant la nomination du gérant il l'est par les statuts ou par un acte séparé. Au cours de la vie sociale, les gérants sont nommés en assemblée ou consultation écrite des associés. La majorité requise par la loi pour être nommé gérant est de 1 ou plusieurs associés représentant la moitié des parts sociales. La désignation d'un nouveau gérant doit faire l'objet de formalité.

Concernant la cessation des fonctions du gérant, en l'absence de disposition contraire des statuts, les gérants sont nommés pour la durée de la société. La cause normale de la fin des fonctions est la dissolution de la société ou l'arrivée du terme fixé par les statuts. Le mandat du gérant peut cesser avant la dissolution ou l'arrivée du terme car la cessation des fonctions peut résulter d'un événement personnel (décès, incapacité, démission). Dans la pratique la seule cause de cessation qui pose problème est la révocation :

- La révocation par les associés : le gérant en place est révocable par décision ordinaire des associés mais les statuts peuvent augmenter la majorité requise. La jurisprudence admet que la révocation peut être décidée même si elle n'est pas inscrite à l'ordre du jour de l'assemblée. Le gérant n'est pas révocable ad nutum. Si la révocation a été décidée sans juste motif, le gérant révoqué peut saisir le tribunal pour obtenir des dommages et intérêts.
- La révocation judiciaire : le gérant qui détient au moins 50% du capital social est de fait à l'abri d'une décision de révocation. Mais pour éviter qu'il soit irrévocable le code prévoit que tout associé peut demande au tribunal la révocation du gérant pour une cause légitime. Lorsque le gérant a été révoqué judiciairement, cette révocation ne peut pas engendrer de dommages et intérêts.

Concernant la rémunération du gérant le code de commerce est muet. La rémunération est donc fixée par les statuts ou une décision collective des associés. Lorsque le gérant n'est pas majoritaire, il peut demander en justice l'augmentation de sa rémunération si elle est insuffisante.

2. Le statut fiscal et social du gérant :

La question se pose vis-à-vis du statut du gérant au regard du droit fiscal et de la sécurité sociale et du cumul avec un contrat de travail ? **Le gérant majoritaire** à les mêmes avantages que les associés et il bénéficie des avantages du salarié au regard du droit fiscal depuis la loi de 1997. Au regard de la SECU, sa situation est aussi enviable que le gérant minoritaire. Il ne peut être titulaire d'un contrat de travail. **Le gérant minoritaire** a le droit aux mêmes prestations que les salariés par rapport au droit de la SECU et il peut cumuler avec un contrat de travail.

B. Les pouvoirs du gérant :

1. Les pouvoirs du gérant dans ses rapports avec les associés :

La loi accorde **la plus grande liberté aux associés**. Les statuts peuvent ainsi limiter les pouvoirs du gérant par des clauses statutaires. La violation par le gérant d'une telle limitation statutaire constitue un juste motif de révocation. Les statuts peuvent aussi prévoir une pluralité de gérants et préciser les pouvoirs de chacun d'eux ou instituer un conseil de gérance. Dans le silence des statuts le gérant peut accomplir tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société à l'exception de ceux réservés aux associés.

2. Les pouvoirs du gérant dans ses rapports avec les tiers :

Conformément à une directive de 1968, le code met en place **un système visant à protéger les tiers**. Le gérant est ainsi investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux associés. La société est engagée même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social. C'est **la règle du pouvoir légal du gérant de la SARL qui protège les tiers** qui ont pu croire légitimement que l'acte passé par le gérant entrait dans le cadre de l'objet social de la société. Il importe de noter que le gérant peut déléguer à d'autres personnes certains de ses pouvoirs pour l'exercice de fonctions particulières. Les clauses statutaires limitant le pouvoir du gérant sont inopposables aux tiers. Il faut distinguer **trois situations** par rapport aux pouvoirs du gérant dans ses rapports avec les tiers :

- **Le dépassement de l'objet social par l'acte du gérant** : lorsque le gérant passe un acte qui ne relève pas de l'objet social, la société est engagée à l'égard du tiers. Elle ne peut que rechercher la responsabilité du gérant. La société n'est pas engagée lorsqu'elle peut prouver que le tiers est de mauvaise foi. La loi exclut que l'on puisse reprocher au tiers le fait de ne pas avoir consulté les statuts de la société.
- **La violation des clauses statutaires limitant ses pouvoirs par le gérant** : les clauses limitatives de pouvoirs sont inopposables aux tiers selon la loi et la jurisprudence a précisé qu'il en est ainsi même si le tiers avait connaissance de l'existence d'une clause limitant les pouvoirs du gérant. En revanche, la jurisprudence décide que les tiers peuvent se prévaloir des clauses statutaires limitatives des pouvoirs du gérant.
- **La violation des pouvoirs attribués par la loi aux seuls associés** : la SARL n'est jamais engagée par un acte passé par le gérant pour le quel la loi attribue exclusivement compétence aux seuls associés. Ici le tiers n'est pas protégé selon l'adage **« nul n'est censé ignorer la loi »**. Ce principe a été affirmé dans un arrêt de 1988.

C. Les responsabilités encourues par le gérant de la SARL :

On distingue 4 type de responsabilité du gérant, à savoir la responsabilité civile, la responsabilité en cas de liquidation judiciaire, la responsabilité fiscale et la responsabilité pénale.

1. La responsabilité civile :

Il y a **différents cas de responsabilité civile**. Le code considère que les gérants sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leurs gestions. S'agissant de **la responsabilité du gérant envers les tiers**, la jurisprudence considère que sa responsabilité ne peut être engagée envers les tiers que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions de gérant imputable personnellement. Conformément au droit commun de la responsabilité civile, la responsabilité du gérant suppose une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité.

Concernant **le régime de l'action**, la responsabilité peut être engagée de deux manières car une action individuelle peut être engagée par un associé ou tiers justifiant d'un préjudice personnel et une action sociale peut être engagée par les nouveaux gérants de la société ou par un associé. Toute clause des statuts ayant pour effet de restreindre l'exercice de l'action sociale est interdite. Toute action en responsabilité **se prescrit par 3 ans** à compté du fait dommageable ou de sa découverte. Chacun n'est responsable que de ses fautes personnelles s'il y a pluralité de gérants.

2. La responsabilité en cas de liquidation judiciaire de la société :

Lorsqu'une société est en cessation de paiement et qu'il n'y a pas de perspective de redressement, le **tribunal prononce la liquidation judiciaire de la société**. Si cette procédure fait apparaitre une insuffisance d'actif de la société, le gérant n'est pas responsable sur ses biens personnels (sauf s'il a commis des fautes de gestion y contribuant).

3. La responsabilité fiscale :

Le livre des procédures fiscales précise que lorsque le recouvrement des impositions de toute nature et des pénalités fiscales dues par une SARL a été rendue impossible par des manœuvres frauduleuses ou l'inobservation des obligations fiscales, **le gérant peut être rendu responsable solidairement avec la société du paiement** de cela par décision du TGI. Cette règle fut étendue à toute personne qui exerce en droit ou fait la direction effective d'une société.

4. La responsabilité pénale :

C'est le code du commerce qui énonce les infractions pénales (abus de biens sociaux par exemple).

III. les associés de la SARL :

Les associés de la SARL ont des droits et obligations pécuniaires, des droits politiques et des droits patrimoniaux. Enfin, les conventions qu'ils concluent avec la société sont **soumises à des règles contraignantes**.

A. Les droits et obligations pécuniaires :

Concernant les obligations tout d'abord, la principale est de libérer son apport. Son obligation au passif est en principe limitée au montant de cet apport. La responsabilité d'un associé pourrait toutefois être recherchée au-delà en cas de liquidation judiciaire s'il apparaissait que l'associé s'est comporté comme gérant de fait de la société. Cette hypothèse n'est pas rare s'agissant d'un associé majoritaire, particulièrement lorsqu'il se trouve déjà frappé d'une interdiction de diriger une société commerciale. **Concernant les droits des associés**, les associés ont droit aux dividendes, réserves et boni de liquidation de la société. Les droits financiers sont égaux mais la loi n'interdit pas la création de parts sociales privilégiées telles des parts ouvrant droit à une quote-part supérieure des bénéfices ou à un versement prioritaire.

B. Les droits politiques :

L'expression droits politiques veut rendre compte de ce que les associés de SARL sont **investis d'un droit d'intervention dans la vie de la société**. Les droits politiques sont le droit à l'information et le droit de vote :

- **Le droit à l'information** : les associés disposent d'un droit à une information permanente en ce qui concerne les comptes annuels, les rapports de gestion et les procès verbaux d'assemblées pour les 3 derniers exercices. Ils ont aussi un droit à une information occasionnelle qu'ils peuvent exercer avant toute assemblée. Les associés peuvent alors poser des questions écrites au gérant auxquelles il devra répondre lors de l'assemblée. Depuis la loi de 1984, les associés peuvent poser au gérant des questions écrites sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Enfin, la loi a conféré à un ou plusieurs associés représentant au moins 1/10 du capital social le droit de demander en justice la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion déterminées.
- **Le droit de vote** : le régime du droit de vote est dominé par le principe d'égalité qui est d'ordre public. Chaque associé dispose d'un nombre de voix égale à celui des parts sociales qu'il possède. Des décisions peuvent être prises soit en assemblée, soit sur consultation écrite des associés, soit suivant des règles de majorité. **Concernant la réunion d'une assemblée**, en principe les décisions sociales sont prises par les associés réunis en assemblée. La réunion en assemblée est obligatoire pour l'approbation des comptes annuels ou lorsqu'elle est demandée par des associés représentant la moitié du capital social. L'initiative de la convocation revient en principe au gérant de la société mais l'assemblée peut aussi être convoquée par des associés qui détiennent la moitié du capital social. En outre, un associé peut toujours demander au président du tribunal de commerce la désignation d'un mandataire de justice chargé de convoquer une assemblée. Concernant le mode de convocation, elle doit être envoyée par lettre recommandée et comporter l'ordre du jour de l'assemblée. **Concernant les consultations écrites**, les statuts d'une SARL peuvent prévoir que les décisions sociales pourront être prises sur consultation écrite des associés. La consultation a lieu par envoi aux associés d'une lettre recommandée avec la présentation de la décision à prendre. Les associés ont alors 15 jours pour faire connaître leur opinion. Depuis la loi MADELIN, le vote peut avoir lieu par signature. **Concernant les règles de majorité**, un associé peut se faire représenter par son conjoint ou par un autre associé ou par un tiers

(statuts doivent le permettre). La loi est stricte vis-à-vis du calcul des majorités car chaque part sociale donne droit à une voix. La majorité requise varie selon les décisions à prendre. Pour les décisions ordinaires, la majorité absolue des parts est requise sur première convocation. Pour les décisions extraordinaires, il faut distinguer selon que la SARL a été constituée avant ou après la loi de 2005. Si la société est constituée avant la loi, la majorité est celle des $\frac{3}{4}$ de parts. Si elle est constituée après, des règles de quorum doivent être respectées car l'assemblée ne délibère valablement que si les associés possèdent $\frac{1}{4}$ des parts sociales sur première convocation. L'unanimité est requise pour certaines décisions (transformation de la SARL en société en nom collectif, société civile ou SAS).

C. Les droits patrimoniaux :

Ces droits sont constitués par les parts sociales. Elles ne sont pas matérialisées par un titre mais résultent des statuts. Ces parts peuvent être cédées mais l'opération est soumise à un agrément.

Concernant les modes de cession de parts sociales, elles peuvent être cédées comme des créances, la cession doit être constatée par écrit. Cette cession est en principe une opération de caractère civil mais la jurisprudence a décidé que la cession de parts sociales revêt un caractère commercial lorsqu'elle a pour effet de conférer aux cessionnaires le contrôle de la société. **La cession doit être portée à la connaissance de la SARL** soit par dépôt de l'original de la cession au siège de la société, soit par signification par voie d'huissier ou par acceptation de la société dans un acte notarié.

Concernant l'agrément, la cession de part sociale n'est pas libre, elle est soumise à un agrément qui témoigne de l'intuitu personae de la SARL. **La cession de parts à un tiers** est toujours soumise à l'agrément des associés. L'associé qui désire céder ses parts doit notifier son projet de cession par lettre recommandée avec accusé de réception à chacun des associés pour obtenir leur agrément. L'agrément est réputé acquis si la société n'a pas fait connaître sa décision dans les 3 mois. La société peut aussi procéder au rachat des parts sociales mais elle n'y est pas tenue si le cédant les détient depuis moins de 2 ans. Le refus d'agrément peut faire naître une protestation sur la valeur des parts sociales et dans ce cas soit un expert est désigné par les parties ou en justice. **Concernant la cession des parts à un associé ou membre de la famille**, et bien les parts sont librement cessibles entre coassociés (statuts peuvent imposer agrément d'une telle cession). Les parts sont librement cessibles ou transmissibles au sein de la famille du cédant (statuts peuvent imposer agrément).

D. Les conventions entre la SARL et un gérant ou un associé :

Le législateur craint à juste titre qu'un dirigeant associé de SARL qui passe une convention avec celle-ci ne profite de sa situation pour imposer à la société des conditions désavantageuses. C'est pourquoi, de **telles conventions sont en principe soumises à une réglementation sévère**. Dans la SARL la loi opère une distinction entre trois types de conventions :

- **Les conventions interdites** : il s'agit des emprunts en compte courant, des cautions, avals et garanties. Un gérant ou un associé ne peut faire cautionner auprès de la société un emprunt. Cette interdiction des conventions financières ne s'applique pas à un associé ayant la qualité de personne morale.
- **Les conventions libres** : ce sont celles qui portent sur des opérations courantes. Le caractère courant s'apprécie au regard de l'objet de la société.

- **Les conventions règlementées** : toutes les conventions passées entre la SARL et un associé ou un gérant et qui ne sont pas des conventions interdites ou libres sont dites règlementées. Elles sont soumises à une procédure de contrôle. Lorsque la convention est passée par un gérant non associé, elle doit faire l'objet d'une autorisation préalable de la part des associés. Dans tous les autres cas aucune autorisation préalable n'est exigée.

Chapitre 2 : Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL)

C'est une **loi de 1985 qui a autorisé la constitution d'une SARL composée d'un associé unique** (EURL ou EARL). L'une et l'autre de ces techniques avait des inconvénients car le patrimoine d'affectation était contraire à la règle du patrimoine et la société unipersonnelle contraire à la conception contractuelle de la société. Cette figure de société unipersonnelle va connaître un grand succès, ainsi a-t-on créé l'EARL (entreprise agricole), il peut exister des SELARL, les SAS unipersonnelles.

I. La constitution de l'EURL :

L'apparition de l'EURL peut **se situer à deux moments** car elle peut être dès l'origine constituée sous cette forme et elle peut résulter en cours de vie sociale de la réunion de toutes les parts entre les mains d'un seul associé. La possibilité d'être associé unique est offerte à toute personne physique ou morale à l'exclusion des seuls EURL. Les formalités de constitution sont en principe celles du droit commun mais l'acte de société n'a pas la nature d'un contrat mais **d'un acte juridique unilatéral** (acte doit répondre aux conditions de formes et publicité).

II. Le fonctionnement de l'EURL :

Il obéit pour l'essentiel aux **mêmes règles que celles de la SARL de droit commun**. La société doit être organisée sur le fondement de la distinction entre le gérant et l'associé unique. Cette distinction reste souvent intellectuelle. Cette faculté est écartée lorsque l'EURL est constituée par une personne morale. Dans toutes les hypothèses le gérant doit rester dans la limite de ses pouvoirs. L'associé unique exerce **les attributs que la loi attribue normalement aux assemblées**.